Jura

Unechte Geschäftsführung BGB. § 687 Abs. 2

Inaugural=Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der
Mecklenburg-Schwerinschen Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

OTTO HEINRICH CHRESTIN
Referendar in Schwerin (Meckl.)

1931
Buchdruckerei Felix Ploog, Schwerin i. Meckl.

Referent: Prof. Dr. Hans Walsmann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Brückmann Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Jena 1903).

Cosack Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927.

Ebbecke Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, in Recht 1921 S. 100.

Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Enncccerus, Kipp u. Wolff Allgem. Teil 1926, Schuldrecht (von Heinrich Lehmann) 1930, Sachenrecht (von Martin Wolff) 1929.

Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. 1927,

Gotthilf, Martin Besitz- und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsführer. Dissertation. Breslau 1918.

Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Höbbel, Horst Die gewinnsüchtige Geschäftsführung ohne Auftrag. Dissertation. Göttingen 1928.

Isay Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Jena 1900).

Josef Schadensersatzpflicht des Wilderers, in Recht 1922 S. 92.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Aufl. 1928.

Kress, Hugo Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Lenel, Otto Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 129. Tübingen 1928.

Lent, Friedrich Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. Leipzig 1909.

Lent, Friedrich Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I. Leipzig 1912.

Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht des BGB., in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. X. 2. I. München und Leipzig 1929.

Malinski, Joseph Die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Haftung des auftraglosen Geschäftsführers in den Fällen der §§ 677 bis 680 des BGB. Diss. Rostock 1916.

v. Monroy, Ernst Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Rostock 1878.

Naters, Edgar Ueber den Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB. Dissertation. Würzburg 1925.

Oertmann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. resp. 5. Aufl. 1927 bis 1929.

Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 4. Auflage 1920/28.

Schmid, Walter Die unechte Geschäftsführung unter Berücksichtigung der Surrogationstheorie nach dem BGB. Dissertation. Erlangen 1923.

Schulz, Fritz System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 105. Tübingen 1909.

Schulz, Georg Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Dissertation. Rostock 1901.

Schütt, Otto Der Anspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Dissertation. Rostock 1910.

Schwabe, Walter Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung. Dissertation. Göttingen 1904.

Spieß, Max Können nach heutigem bürgerlichen Recht Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag mit Bereicherungsansprüchen konkurrieren? Diss. Erlangen 1922 (1925).

Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 12./13. Auflage. 1926. Bd. 3.

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 9. Auflage. I. 1925; II. 3. 1929; III. 1. 1926.

Sternberg, Leo Die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen. Dissertation. Breslau 1903.

v. Tuhr Der allgemeine Teil des BGB. 1910/1918.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Protokolle. Amtliche Ausgabe.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Disposition

§ 1. **A. Einleitung:** Allgemeine Abgrenzung von Innenverhältnis und Außenverhältnis und Eingliederung des Themas in diese Unterscheidung.

B. I. Hauptteil: Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung.

§ 2. I. Der Begriff des „Geschäfts" und der „Behandlung" eines Geschäfts.

a. Der Begriff des „Geschäfts".

§ 3. b. Der Begriff der „Behandlung" eines Geschäfts.

1. Der Begriff der „Besorgung" eines Geschäfts und
2. seine Nutzanwendung auf die „Behandlung" eines Geschäfts in § 687 Abs. 2.

§ 4. II. Die Behandlung eines Geschäfts „als eines eigenen".

III. Der Begriff des „fremden" Geschäfts.

§ 5. a. Der Standpunkt der herrschenden Lehre.

1. Der Gegensatz zwischen objektiv fremden und subjektiv fremden Geschäften.
2. Anwendung dieses Gegensatzes auf § 687 Abs. 2.
3. Definition des „objektiv fremden" Geschäfts.

§ 6. b. Der Begriff nach der Lehre von Oertmann u. Lehmann.

1. Die Lehre selbst und ihre Gegenüberstellung mit der herrschenden Lehre.
2. Die Widerlegung der Lehre.

§ 7. c. Der Begriff nach eigener Interpretation.

1. Ein Handeln in fremdem Namen kann eine Wirkung für den Geschäftsherrn im Außenverhältnis hervorrufen.
2. Dieser Wirkung können nur Ansprüche aus § 687 Abs. 2 für das Innenverhältnis entsprechen.

§ 8. d. Zusammenfassung und Würdigung des Ergebnisses für den Begriff des „fremden" Geschäfts.

§ 9. IV. Führung des fremden Geschäfts in Kenntnis von der Nichtberechtigung.

§ 10. V. Spezialfälle.

C. II. Hauptteil: Die sich aus der unechten Geschäftsführung ergebenden Ansprüche.

§ 11. I. Uebersicht.

§ 12. II. Die Ansprüche aus den §§ 677, 678.

§ 13. III. Die Ansprüche aus dem § 681 Satz 1 und den §§ 666, 668.

§ 14. IV. Der Anspruch des Geschäftsherrn aus § 667 und der Anspruch des Geschäftsführers aus § 684 Satz 1.

§ 15. V. Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung unter Berücksichtigung des § 682.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0134

A. Einleitung.

§ 1.

Allgemeine Abgrenzung von Innenverhältnis und Außenverhältnis und Eingliederung des Themas in diese Unterscheidung.

Die unechte Geschäftsführung (ohne Auftrag) ist ebenso wie die gewöhnliche echte Geschäftsführung ohne Auftrag ein Tatbestand, der ausschließlich von Ansprüchen des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer und umgekehrt handelt, ein Tatbestand, der andere Ansprüche, z. B. die eines Dritten, gegen den Geschäftsherrn oder -führer nicht zum Inhalt haben kann.

Hiermit ist ausgesprochen, daß bei der unechten Geschäftsführung das Innenverhältnis — so wird das Rechtsverhältnis: Geschäftsherr zu Geschäftsführer bezeichnet — von einem Außenverhältnis ebenso unbedingt getrennt werden muß, wie bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag; sind doch die Gründe dieser Trennung dieselben bei beiden Geschäftsführungen und als solche allgemein anerkannt. Ein Außenverhältnis — eben das eines Dritten zu einem der im Innenverhältnis Geschäftsherr oder -führer genannten Personen — ist aus der Betrachtung des § 687 Abs. 2 also auszuschalten.

Die Trennung von Innen- und Außenverhältnis ist deshalb eine so unbedingte, weil man erkannt hat, daß nicht nur die beiderteiligen Ansprüche völlig unabhängig voneinander sind, sondern daß auch die einen Ansprüche nicht notwendig den andern Ansprüchen gegenüber zu stehen brauchen. So ist es z. B. nicht nötig, daß der Geschäftsführer mit einem Dritten in Berührung getreten ist; eine derartige Tätigkeit des Geschäftsführers löst dann natürlich ein Außenverhältnis nicht aus.

Wird jedoch durch die Tätigkeit ein Außenverhältnis begründet, ist also der Handelnde einem Dritten

gegenüber tätig geworden, so ist dieses Handeln in dreifacher Form denkbar:

1. Der Handelnde wird sehr oft als Vertreter, Bevollmächtigter, Vertreter ohne Vertretungsmacht usw. des anderen gehandelt haben. Gemeinsames Kennzeichen einer solchen Tätigkeit ist das Handeln des Vertreters „im Namen des Vertretenen" §§ 164, 177 BGB. Dieses Handeln im Namen des Vertretenen löst Wirkungen des Außenverhältnisses aus, bestimmt aber nicht die Wirkungen des Innenverhältnisses, das seinen eigenen Regeln unterworfen ist.

2. Der Handelnde kann auch in eigenem Namen dem Dritten gegenübergetreten sein. Ein solches Handeln schließt ein Innenverhältnis nicht aus; denn der Handelnde kann indirekter Vertreter gewesen sein, mithin also des indirekt Vertretenen Interessen wahrgenommen haben. In diesem Falle sprechen wir genau so gut von einem Innenverhältnis und können dieses dem andersartigen Außenverhältnis, das hier nur Wirkungen zwischen Handelndem und Drittem kennt, gegenüberstellen. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen der „indirekte Vertreter" eine Interessenverletzung begeht, also beispielsweise für sich tätig geworden ist. Auch bei diesem Falle sind die Wirkungen nach außen zwischen Drittem und Handelndem zu unterscheiden von etwaigen Wirkungen zwischen Handelndem und dem, dessen Interessen verletzt sind. Diese letzteren Wirkungen sind dann solche des Innenverhältnisses.

3. Diesem Handeln in fremdem oder in eigenem Namen stehen die Fälle des Handelns unter fremdem Namen gegenüber, Fälle, in denen sich der Handelnde zu irgendwelchen erlaubten oder unerlaubten Zwecken eines fremden Namens bedient. Hier kann man von einem Außenverhältnis — abgesehen von der Frage einer etwaigen Nichtigkeit eines solchen Handelns [1]) — ebenfalls sprechen und kann dieses Verhältnis z. B. dann einem völlig unabhängig vom Außenverhältnis dastehenden Innenverhältnis gegenüberstellen,

[1]) Vgl. hierüber die Meinung von v. Tuhr II 2 S. 345 und Enneccerus, § 170 Anm. 1, ferner Oertmann, § 164 Bem. 5.

wenn dort eine Interessenwahrnahme oder -verletzung stattgefunden hat.

Wenngleich wir auch gesehen haben, daß das jeweilige Handeln in oder unter fremdem Namen resp. in eigenem Namen regelmäßig Bedeutung nur im Außenverhältnis, das nicht zu prüfen ist, gewinnt, so muß doch das Außenverhältnis und seine Trennung vom Innenverhältnis für das folgende als bekannt vorausgesetzt werden, nicht nur zur schärferen Erfassung des nun zu schildernden Innenverhältnisses, sondern auch zur Stellungnahme gegenüber wissenschaftlichen Ergebnissen, die Momente des Außenverhältnisses auch im Innenverhältnis verwenden und mit Folgerungen für das Innenverhältnis ausstatten oder umgekehrt Momente des Innenverhältnisses in Zusammenhang mit dem Außenverhältnis bringen.[1])

Wenn wir somit festgestellt haben, daß das Außenverhältnis unabhängig von dem jeweiligen Innenverhältnis in mannigfachen Spielarten vorhanden sein kann, so läßt sich auch vom Innenverhältnis, dem wir bisher den neutralen Namen „Geschäftsführung" gegeben haben, nachweisen, daß diese Tätigkeit verschiedene Arten kennt. Sie kann z. B. Tätigkeit im Rahmen eines Dienst- und Werkvertrages, im Rahmen eines Auftrages, im Rahmen einer auftraglosen Geschäftsführung sein. Daß dieser jeweilige Rahmen des Innenverhältnisses einer bestimmten Art des Außenverhältnisses gegenüberstehen müßte, ist schon damit zu widerlegen, daß der Vertreter im Innenverhältnis sowohl Beauftragter, wie Dienstverpflichteter, wie auftragloser Geschäftsführer sein kann (letzteres in den Fällen einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht).

Von diesen verschiedenen Arten der Tätigkeit im Innenverhältnis ist indessen nur eine Tätigkeit als auftragloser Geschäftsführer Gegenstand der Arbeit, denn § 687 Abs. 2 setzt ausdrücklich voraus, daß der Handelnde zu seinem Tun nicht berechtigt ist, schließt also Fälle, in denen ein Auftrag usw. bestand, aus. Die

---

[1]) z. B. die Verwendung des Interesse-Momentes bei der indirekten Stellvertretung (Schadenersatz im Drittinteresse) RG. 58. 42; 62. 332; 90. 246.

handelnden Personen des Innenverhältnisses sind deshalb wie auch bei der echten Geschäftsführung als Geschäftsführer und Geschäftsherr (gestor und dominus) zu bezeichnen, übrigens eine Bezeichnung, die aus dem Wortlaute des § 687 Abs. 2 selbst hervorgeht.

Ist es ein bekanntes Kennzeichen der gewöhnlichen Geschäftsführung ohne Auftrag, daß der gestor „für einen anderen", d. h. für den dominus handelt, so ist das Fehlen dieses Kennzeichens, an dessen Stelle das Handeln für sich oder, wie das Gesetz sagt, das „Behandeln als eigenes" tritt, Kennzeichen der unechten Geschäftsführung.

Veranlassung zum Behandeln des Geschäftes als eines eigenen kann ein Irrtum des Geschäftsführers geben: Er ist der Meinung, das Geschäft sei sein eigenes. Dann liegt ein Fall des § 687 Abs. 1 vor, ein Fall, der nicht Inhalt der Arbeit sein soll.

Veranlassung kann aber auch sein, daß „jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obgleich er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist". Dann „kann der Geschäftsherr gegen den Geschäftsführer die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet" — so der Wortlaut des zu untersuchenden § 687 Abs. 2 und dies der Inhalt der eigentlichen unechten Geschäftsführung.[1])

Schon hier mögen einige Fälle zur vorläufigen Erläuterung des § 687 Abs. 2 und auch zur ersten allgemeinen Gegenüberstellung des § 687 Abs. 2 mit anderen Tatbeständen: § 812 ff., § 823 ff. gebracht werden.

Von G[2]) wird ein dem D geschütztes Patent verletzt, indem G in Kenntnis vom patentrechtlichen Schutz für D eine Einrichtung an einer Maschine nachbaut. Die Verletzung des Patentes, die sich über mehrere Jahre erstreckt, gehört ohne Zweifel zur Verletzung

[1]) Unechte Geschäftsführung wird zuweilen auch der Tatbestand des § 687 Abs. 1 genannt. Ob diese Bezeichnung hier angemessen ist, ist streitig. Nähere Ausführungen bringt Schmid S. 6 ff. Der Streit entbehrt einer praktischen Konsequenz.

[2]) G = gestor, D = dominus, T = tertius ist in allen Beispielen der Arbeit als Personenbezeichnung gewählt.

eines sonstigen Rechtes gemäß § 823 Abs. 1. Nach § 823 Abs. 1 kann D also Ersatz des erlittenen Schadens verlangen. Die Höhe des Schadens muß er aber dartun, und dies wird gerade, wenn die Verletzung über mehrere Jahre sich erstreckt, für D äußerst schwierig sein, da er für einen Beweis der Schadenshöhe die dem Umfange des Absatzes der Maschinen proportional ist, keine Unterlagen hat. Hier mag ihm der Gedanke des § 687 Abs. 2 helfen: Hat G ein fremdes Geschäft (: Benutzung des Patentes) für eigene Rechnung getätigt?, ist er gemäß den §§ 681, 666 zur Rechnungslegung verpflichtet? [1])

Ein weiterer sehr illustrativer Fall ist folgender: Ein endlich gefaßter gewerbsmäßiger Wilddieb soll auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dieser Anspruch würde nach § 823 Abs. 1 begründet sein. Der Wilddieb hätte den entstandenen Schaden nach den §§ 249 ff. zu ersetzen. Auch hier tritt die Schwierigkeit auf, die Höhe des Schadens zu ermitteln. Der Beweisführer (der geschädigte Jagdberechtigte) ist nicht in der Lage, annähernd seinen Schaden darzutun; ja, es kann sogar soweit kommen, daß es überhaupt zweifelhaft wird, ob ein Schaden entstanden ist. Denn vielleicht übte der Jagdberechte die Jagd wenig aus, oder erlegte der Wilddieb infolge seiner Geschicklichkeit oder Beutegier z. T. gerade Tiere, die der Jagdberechtigte nicht geschossen haben könnte oder würde. Hier hilft vielleicht in gleicher Weise die Auskunftspflicht des § 666 (§ 687 Abs. 2, § 681) und die Pflicht zur Herausgabe des „Erlangten" § 667 (§§ 687, Abs. 2, 681) anstatt des vielleicht geringeren Schadensersatzes des § 823. Weitere Unterschiede ergeben sich, wenn man annimmt, der Wilddieb habe unter äußerst günstigen Bedingungen seine Beute absetzen können. Dann könnte der Jagdberechtigte nach § 823 Abs. 1 nur Ersatz des schon erwähnten ihm entstandenen Schadens, nach § 687 Abs. 2 aber das Erlangte verlangen. Nach § 687 Abs. 2 würde er also Anspruch auf den ganzen Gewinn bekommen. Weiterhin wären nach § 852 die Ersatzansprüche des § 823 nach drei Jahren verjährt; nach § 687 Abs. 2 jedoch würde sich die Verjährung wie bei

[1]) RG. 70. 249; 107. 255.

den Ansprüchen aus jedem anderen Schuldverhältnis nach § 195 bestimmen.[1])

Die bisher gezeigten Beispiele lassen erkennen, daß vielfach andere Ansprüche dem D, wenn auch vielleicht nur zum Teil, so doch helfen. Indessen giebt es Fälle, die solche anderen Ansprüche nicht zugleich zeitigen. Ob bei diesen Fällen § 687 Abs. 2 den D zum Ziele führt, ist mithin eine praktisch sehr wichtige Frage. Es handelt sich um Tatbestände folgender Art:

G, der entlassene Kommis des D, macht auftraglos im Namen des D, aber für eigene Rechnung glückliche Börsenspekulationen. Nach § 823 ist G nicht zu belangen, da D nicht geschädigt ist, sein Geld ist ja nicht benutzt. Ebenso wäre es ergebnislos, den G wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu belangen; denn er ist zwar ungerechtfertigt bereichert, aber nicht aus dem Vermögen des D. Muß G nach § 687 Abs. 2 den Spekulationsgewinn an D abgeben?[2])

oder: G kauft im Namen des D von dessen guten Freund T in der Absicht eine Sache, sie für sich selbst zu behalten, auch selbst zu bezahlen, geleitet von der Hoffnung, sie auf diese Weise billiger zu bekommen. Kann D die Sache, die er vielleicht längst hat kaufen wollen, von G aus § 687 Abs. 2 herausverlangen?[3])

Auch bei folgendem Fall könnte man an eine Anwendung des § 687 Abs. 2 denken:

G stiehlt oder unterschlägt Geld des D, kauft sich dafür ein Lotterielos und gewinnt, Muß G als unechter Geschäftsführer den Lotteriegewinn nach § 687 Abs. 2 herausgeben?

Behandelt G in allen diesen Fällen ein fremdes (des D) Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist? Nur unter diesen Voraussetzungen kann D gegen G Ansprüche aus unechter Geschäftsführung stellen. Die Voraussetzungen sind also im einzelnen, daß G

---

[1]) So Josef in „Recht“ 1922, S. 92; dagegen Staudinger, § 687 Bem. 3 d, aber ohne Begründung.

[2]) Fall von Cosack IV. Aufl. 1903 § 155 VIII. 2. Vgl. auch Schwabe S. 1. Aehnliche Fälle: v. Monroy S. 40 ff.

[3]) v. Monroy S. 40. Weitere Beispiele ebenda u. bei Schwabe S. 8.

1. die Behandlung eines Geschäftes, das er
2. als ein eigenes führt, und das
3. die Eigenschaft hat, ein fremdes zu sein,
4. in Kenntnis seiner Nichtberechtigung

vorgenommen hat. Demgemäß wird sich der folgende I. Hauptteil einteilen in die begriffliche Grundlegung dieser vier gefundenen Elemente.

I. Hauptteil.

B. Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung.

§ 2.

Der Begriff des „Geschäfts" und der „Behandlung" eines Geschäfts.

Als Gegenstand der unechten Geschäftsführung bezeichnet § 687 Abs. 2 ein „Geschäft", und zwar ist dieses Geschäft das Objekt der Tätigkeit des Geschäftsführers. Diese Tätigkeit nennt das Gesetz „behandeln". Die Behandlung eines Geschäfts ist mithin der Begriff, der eine Zusammenfassung aller Handlungen geben soll, die ein Geschäftsführer in dieser seiner Eigenschaft vornehmen kann.

Nun ist aber weder der Ausdruck „Geschäft" noch der Ausdruck „behandeln" ein technischer Ausdruck des Gesetzes. Indessen haben wir zur Interpretation von „Geschäft" insofern Anhaltspunkte, als das Gesetz diesen Ausdruck häufig genug verwendet, so als Bezeichnung des Gegenstandes eines Auftrages und einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Für das „Behandeln" des Geschäfts steht uns eine solche Hilfe nur zur Verfügung, wenn wir behandeln mit „führen" oder „besorgen" gleichsetzen, Worte, die gerade in Verbindung mit „Geschäft" regelmäßig wiederkehren und den Gedanken nahelegen, daß eine gleiche Tätigkeit überall gemeint sei. Daher ist es zunächst berechtigt, bei der Interpretation der „Behandlung" eines „Geschäfts" auf die wissenschaftlichen Ergebnisse, die für Besorgung eines Geschäftes vorliegen, zurückzugreifen.

Jedoch ist sowohl der Begriff des Geschäfts als auch der der Geschäftsbesorgung sehr umstritten. Der Gesetzgeber ist sich selbst bewußt gewesen, eine unbestimmte, jedenfalls nicht prägnante Bezeichnung gewählt zu haben, die zu erläutern er nicht sich hat anmaßen wollen. Ergeben doch die Protokolle,[1]) daß der Gesetzgeber die Begriffabgrenzung der Wissenschaft ausdrücklich überlassen hat. Auch die Motive [2]) sprechen sich nur negativ aus, indem sie beteuern, daß eine Beschränkung auf Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen nicht gemeint sei.

Ein einheitliches Ergebnis der Wissenschaft liegt nicht vor; vielmehr hat so ziemlich jeder Schriftsteller seine eigene Definition. Eine allgemein gültige Definition — das ist das Ziel — zu finden für alle Fälle einer Besorgung von Geschäften ist auch dadurch so erschwert, daß diese nach § 662 Gegenstand eines Auftrages, nach § 675 Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrages, nach § 677 Gegenstand einer auftraglosen Geschäftsführung sein kann und nach § 687 Abs. 2 Gegenstand einer unechten Geschäftsführung sein soll, sodaß man mehrfach an der Allgemeingültigkeit einer Definition gezweifelt hat.

Wie dem auch sei, so steht dem von uns zu betrachtenden § 687 Abs. 2 logisch und gesetzestechnisch der Fall der auftraglosen Geschäftsführung (§ 677) am nächsten. Doch kann sich, sollte man schon einmal annehmen, daß der Begriff des Geschäfts oder der Geschäftsbesorgung nicht überall der gleiche ist, der Tatbestand der Geschäftsbesorgung als solcher im § 662 nicht von dem Tatbestande im § 677 unterscheiden. Was beide Paragraphen nämlich unterscheidet, ist das Handeln gemäß Auftrag im einen, das Handeln ohne Auftrag im anderen Falle, mithin ein Moment, das der Geschäftsbesorgung als solcher ferne steht. Dies ist unbestritten, und eine Uebertragung der Definition des Geschäfts und der Geschäftsbesorgung im § 662 auf § 677 wird allgemein zugelassen.[3])

Die Geschäftsbesorgung als solche, insbesondere

---

[1]) Protokolle II S. 377.

[2]) Motive II S. 527.

[3]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 162 II 1.

die des § 662 hat neuerdings eine wichtigere Abhandlung gefunden, nämlich die von Lenel [1]). Lenel faßt seine Erkenntnisse dahin zusammen, daß Geschäfte im Sinne von § 662 solche und nur solche sind, die

1. ein Vermögensinteresse des Auftraggebers oder Beauftragten berühren, und deren Besorgung
2. „für den Auftraggeber" als dessen Geschäft und für dessen Rechnung erfolgt. — Letzteres Moment mag vorerst zurückgestellt werden.

Das erstere Moment ist entstanden aus der These, daß

a) infolge des Gefälligkeitscharakters ein Anspruch auf Erfüllung des Auftrages nicht vorhanden ist, sondern daß
b) rechtliche Verpflichtungen nur hinsichtlich einer Schadensersatzpflicht des Beauftragten für unzeitiges oder vertragswidriges Kündigen und einer Erstattungspflicht des Auftraggebers entstehen können.

Beide Punkte a) und b) zusammen zeigen, daß nur Vermögensansprüche entstehen können, und daß mithin, sollte der Auftrag schon eine juristische Regelung erfordert haben, nur die Geschäfte Geschäfte im Sinne des § 662 sein können, die Vermögensinteressen, sei es des Beauftragten, sei es des Auftraggebers, zum Inhalte haben.

Den Anspruch auf Erfüllung des Auftrages hält Lenel deshalb für nicht gegeben, weil der Beauftragte die Geschäftsbesorgung nur „zusagt", sich aber nicht zur Ausführung des Auftrages „verpflichtet", wie § 662 irrtümlicher Weise zum Ausdruck zu bringen scheine. Daß der Beauftragte nur „zusage", gehe insbesondere aus dem jederzeitigen Kündigungsrecht des § 671 hervor und würde auch nicht durch § 671 Abs. 3 widerlegt, der unkündbare Aufträge zu kennen scheint. Es ist klar, daß mit Bejahung des „zusagenden" Charakters des Auftrages der weitere Gedankengang richtig sein mag. Jedoch ist gerade dieser Ausgangspunkt unrichtig: Denn der Beauftragte verpflichtet sich m. E. im wahren Sinne dieses Wortes zur Ausführung des Auf-

[1]) Lenel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 129 S. 1 ff.

trages.[1]) Daß er normaler Weise ein freies Kündigungsrecht hat, ändert daran nichts, daß er vor Kündigung des Auftrages zu dessen Ausführung verpflichtet bleibt. Der Auftraggeber kann Ausführung des Auftrages bis zu dem Zeitpunkte verlangen, wo der Beauftragte ordnungsgemäß, also z. B. empfangsbedürftig gekündigt hat. Lenel macht den Fehler, daß er sagt, es stehe dem Beauftragten gewissermaßen rechtlich frei, den Auftrag auszuführen oder liegen zu lassen, da er, wenn er ihn liegen ließe, kündige oder gekündigt habe. Infolge der Empfangbedürftigkeit der Kündigung wird jedoch mit dem bloßen Liegenlassen noch nicht wirksam gekündigt. Der Auftraggeber kann noch auf Ausführung des Auftrages klagen; und der Beauftragte mag sich dann noch überlegen, ob er wirklich kündigen und sich damit unter Umständen Ansprüchen wegen unzeitiger Kündigung aussetzen will, oder ob er nicht doch noch vorzieht, den Auftrag auszuführen. Kann doch der wegen unzeitiger Kündigung zu leistende Schadensersatz so hoch sein, daß die Unkosten der Auftragsausführung, die z. T. sogar erstattungsfähig sein können, vom Beauftragten lieber in Kauf genommen werden.

Es bedeutet eine Verkennung des Wesens des Auftrags, wenn man ihn lediglich nach seinen indirekten (actio contraria) oder deliktischen Ansprüchen erläutern wollte und seinen direkten (actio directa) Anspruch auf Erfüllung übersieht. Daß freilich in kritischen Fällen der Beauftragte sich durch Kündigung dem direkten Anspruch entziehen kann und entzogen haben wird, mag richtig sein — daher die verwunderte Frage Lenels: Schwerlich hat jemals ein Mandant auch nur den Versuch gemacht, den Mandatar . . . . . zu belangen —; trotzdem ist doch gerade der Anspruch nicht zu leugnen und wird durch das Institut der Kündigung ja gerade bewiesen. Wozu wäre eine Kündigung denn sonst nötig?

Aus einem Gefälligkeitscharakter Ableitung auf eine lediglich „zusagende" Natur des Auftrages zu machen, ist ebenfalls verfehlt. Der Auftrag ähnelt nur Gefällig-

[1]) RGRKomm. Vorbemerkung 3 vor § 662; § 662 Bem. 3; Staudinger, Vorbemerkung 2 vor § 662.

keitshandlungen durch seine Unentgeltlichkeit; er unterscheidet sich aber von ihnen durch die gewollte rechtliche Bindung der Parteien.[1]) Daher können Lenels Beispiele: ein Gelehrter übernimmt aus Gefälligkeit den Auftrag, eine Handschrift zu kollationieren oder die Literatur zu einer bestimmten Streitfrage zusammenzutragen, unsere Ansicht nicht erschüttern. z. B. sind die von der Privatwirtschaft heute vielfach eingerichteten unentgeltlichen Beratungsstellen zur Ausführung des einmal angenommenen Auftrages rechtlich verpflichtet, solange sie nicht gekündigt haben. Ihre Verpflichtung beruht auf dem Wesen des Auftrages, eines Vertrages,[2]) der seit Annahme besteht und nicht erst entsteht, wenn vermögensrechtliche Wirkungen sich im Laufe der Ausführung der „Gefälligkeitszusage" zeitigen. Bezieht sich der Auftrag auf Erteilung einer Rechtsauskunft, dürften vermögensrechtliche Wirkungen auch kaum entstehen.

Mit diesen Feststellungen fällt Lenels Interpretation des „Geschäfts" in sich zusammen; denn die weiteren Folgerungen Lenels beziehen sich auf die vermögensrechtliche Wirkung jener indirekten und deliktischen Ansprüche — wie sollten diese auch anders wirken? —, und diese sind, wie die Ausführungen und das Beispiel zeigen, für das Wesen des Auftrages unerheblich.

Aehnliche Gedankengänge wie Lenel führen Kreß[3]) zu dem gleichen Ergebnis: Er sagt „Geschäftsbesorgung ist eine mit Ausgaben, in der Regel auch mit Einnahmen (für Rechnung des Auftraggebers) — also mit Einwirkung auf das Vermögen des Auftraggebers als solches — verbundene Tätigkeit". Und Kreß beweist die Einwirkung auf das Vermögen ebenfalls mit den im Gesetz aufgeführten vermögensrechtlichen Wirkungen der Rechnungslegung, des Ersatzes von Aufwendungen usw., übersieht aber ebenfalls die Hauptwirkung des Auftragsvertrages: die Verpflichtung, den Auftrag auszuführen.

Uebrigens steht die Verpflichtung des Beauftragten zur Ausführung des Auftrages auch in § 677 ff. im

[1]) RG in JW. 1907 S. 99 Ziff. 1; RGRKomm. § 662 Bem. 3; Staudinger, § 662 Bem. 2 a.
[2]) Enneccerus-Lehmann, § 157 I; RGRKomm. § 662 Bem. 3.
[3]) Kreß, § 11 S. 194.

Vordergrunde, da auch der auftraglose Geschäftsführer zur Führung des Geschäftes, wenn er sich dazu einmal entschlossen hat, im Rahmen der §§ 677, 681 Satz 1 2. Hälfte verpflichtet bleibt. Auch dies ein Beweis gegen Lenel und gleichzeitig ein Beweis für die Richtigkeit der Gleichbehandlung der Geschäftsbesorgung in § 662 und § 677.

Die vielleicht wünschenswerte Einschränkung der Fälle eines „Geschäfts" ist Lenel nicht geglückt. Ebenso wird die Einschränkung der Geschäfte auf Rechtsgeschäfte kaum noch vertreten. Spricht dagegen doch schon das Zaudern des Gesetzgebers, das Wort Rechtsgeschäfte zu verwenden und die ausdrückliche Betonung der Motive, daß eine Beschränkung auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nicht beabsichtigt sei.[1]) Freilich sind Rechtsgeschäfte unbedingt Geschäfte im Sinne von § 662 und lösen auch, wenn unentgeltlich besorgt, Auftragsvorschriften aus. Jeder Kaufmannssohn z. B., der unentgeltlich im Geschäft des Vaters tätig ist, besorgt beim Verkauf von Waren Geschäfte seines Vaters. Gerade im Handelsverkehr werden unendlich viele Rechtsgeschäfte als Geschäftsbesorgungen abgeschlossen, ja eigentlich nur Rechtsgeschäfte. So ist die Ansicht Staubs [2]) auch verständlich, wenn er bei der Erläuterung von § 362 HGB. sagt: Nur Anträge auf Besorgung von Rechtsgeschäften, die einem Kaufmann zugehen, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, lösen die kaufmännische Verpflichtung aus § 362 HGB. aus; „Dienste rein tatsächlicher Art sind auszuscheiden". In einem solchen Gewerbebetrieb werden eben überwiegend Rechtsgeschäfte besorgt; kommen ausnahmsweise einmal keine Rechtsgeschäfte, sondern Rechtshandlungen (Mahnung) oder tatsächliche Handlungen vor, z. B. Zusammenstellen eines Rundreiseheftes, so soll § 362 HGB. nach Staub [3]) nur analog angewandt werden.

So wenig, wie Staub für seine Ansicht, Geschäfte auf Rechtsgeschäfte zu beschränken und andererseits doch wieder tatsächliche Handlungen analog zu behan-

[1]) Motive II S. 527.

[2]) Staub, HGB. § 362 Anm. 2.

[3]) Staub, HGB. § 362 Anm. 4 am Ende.

deln, Gründe angibt, so wenig ist es verständlich, warum das Gesetz z. B. in § 1357 BGB. ausdrücklich die Besorgung von Geschäften und die Besorgung von Rechtsgeschäften unterscheidet.

Daß die Vornahme von Realakten [1]) ebenfalls die Vornahme eines „Geschäftes" sein kann, mag noch an einigen Beispielen gezeigt werden: Der Wanderer, der auf fremdem Grundstück einen Schatzfund macht, nimmt ein Geschäft des Grundeigentümers vor (oder des Staates, wenn ein Schatzregal besteht). So ist z. B. das Finden von Bernstein an der preußischen Ostseeküste ein Geschäft des Staates Preußen. Ebenso ist die Erfindung, die derjenige macht, der beauftragt ist, auf die Erfindung hinzuarbeiten, ein Geschäft des Auftraggebers.

Der Begriff „Geschäft" ist aber nicht auf solche Geschäfte, die Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen oder Realakte sind, zu beschränken. Auch rein tatsächliche Handlungen ohne irgendwelche Einschränkungen können Gegenstand eines Auftrages sein und müssen es sein können: Verpflichtet sich G z. B. unentgeltlich zur Fütterung eines Hundes des D, so steht er in einem Auftragsverhältnis zu D und nimmt mit Ausführung des Auftrages ein Geschäft des D vor. Es ist nicht abzusehen, warum nicht ein solcher Vertrag ein Auftrag, mithin sein Gegenstand ein Geschäft sein sollte.

Es ist nach Erkennung und Berücksichtigung der Voraussetzung eines jeden Autrages, daß er rechtlich verbindlich ist, schlechterdings keine Angelegenheit nicht als „Geschäft" denkbar, und dies giebt Veranlassung, den Begriff des Geschäftes in denkbar weitem Umfange auszulegen und jede rechtliche oder tatsächliche Angelegenheit darunter zu verstehen.

Für die §§ 662 und 677 (wohl auch § 687 Abs. 2) ist dies auch die Ansicht von Enneccerus-Lehmann.[2])

Er sagt: „Gegenstand des Auftrages können irgend-

---

[1]) D. h. Handlungen, die sich nicht auf ein Rechtsverhältnis beziehen, sondern „zunächst einen tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen Erfolg ins Leben rufen, aber nach den Vorschriften der Rechtsordnung zugleich Rechtswirkungen nach sich ziehen": Enneecerus, § 128 III 3.

[2]) Enneccerus-Lehmann, § 157 I 3 und § 162 II 1.

welche Geschäfte tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein, ... mithin auch alle Verrichtungen, die Gegenstand von Dienst- und Werkverträgen sein können," d. h. letztere sind dann Gegenstand eines Auftrages, wenn ihre Vornahme unentgeltlich und rechtlich verbindlich erfolgen soll.

Manchen Schriftstellern scheint diese Ausdehnung der Geschäfte auf jede tatsächliche Angelegenheit zu weitgehend, und sie versuchen, den Tätigkeitsgegenstand des Geschäftsführers nach seinem wirtschaftlichen Werte, also seiner Gewichtigkeit einschränkend zu bestimmen. So spricht Staudinger von der Geschäftsbesorgung als einer Angelegenheit, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen angehören muß, so Oertmann von einer auf ein wirtschaftliches Ergebnis gerichteten Tätigkeit, und ähnlich das RG. und der Reichsgerichtsräte-Kommentar.[1]) Allein Lenel[2]) weist ganz richtig darauf hin, daß diese Abgrenzung recht wenig Wert haben kann, da man über den Begriff „wirtschaftlich" erheblich streitet.

Außerdem kann man mindestens für den Fall des § 662 die Frage aufwerfen, warum sollte der Auftraggeber nicht einmal einen wirtschaftlich unsinnigen Auftrag erteilen, z. B. Geld unter die Menge zu werfen, oder, wenn das kein Gegensatz zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist, jemanden mit niedrigsten Dienstleistungen beauftragen, denen jeder verkehrsmäßige Wert abgesprochen werden muß (Staubwischen).[3]) In den meisten Fällen einer Auftragserteilung wird freilich eine wirtschaftliche Angelegenheit Gegenstand des Auftrages sein, und in den Fällen einer Geschäftsführung ohne Auftrag wird dank des „Interesses" in § 677 regelmäßig nur eine solche Angelegenheit Gegenstand der auftraglosen Geschäftsführung sein; ja in den Fällen der unechten Geschäftsführung wird logischer Weise

---

[1]) Staudinger, § 675 Bem. 2 b, Oertmann, § 675 Bem. 1 b η RGRKomm., Vorbem. 2 vor § 662.

[2]) Lenel, a. a. O. S. 10.

[3]) Solche rein faktischen Verrichtungen würden auch einer Regelung entbehren, und es bliebe den Anhängern der Einschränkung auf Tätigkeit wirtschaftlicher Art nichts anderes übrig, als die Vorschriften über den Auftrag analog anzuwenden: So Enneccerus-Lehmann, § 157 Anm. 5.

immer eine Angelegenheit von wirtschaftlicher Bedeutung vorliegen. Trotzdem ist sie nicht Kennzeichen des „Geschäfts" als solchen, sondern wird eben durch andere Begleitumstände herbeigeführt.

Aus anderen Begleitmomenten stammt auch die Behauptung Endemanns.[1]) daß es sich um eine selbstständige Tätigkeit handeln müßte. Dies ist für die Fälle auftragloser Tätigkeit: §§ 677, 687 selbstverständlich, für § 662 jedoch zweifelhaft,

Im übrigen entspricht eine solche möglichst weite Auslegung auch anderen Gesetzesstellen z. B. den §§ 1959 und 1978, die auch von Besorgung von Geschäften sprechen, ferner den §§ 1688, 1796, 1909, die zwar nicht von „Geschäften", sondern von „Angelegenheiten" sprechen. — Mithin kann man von einem „Geschäft" sowohl im § 662, wie § 677 und § 687 Abs. 2 als von jeder rechtlichen oder tatsächlichen Angelegenheit sprechen.

§ 3.

Fortsetzung:

Der Begriff der „Behandlung" eines Geschäftes.

§ 687 Abs. 2 fordert, daß ein Geschäft — also eine rechtliche oder eine tatsächliche Angelegenheit — behandelt wird. Diese Tätigkeit des unechten Geschäftsführers haben wir vorhin der „Besorgung" eines Geschäfts gleichgestellt. Doch was heißt Geschäftsbesorgung, ein Begriff, den einerseits die §§ 662, 677 kennen, der andererseits auch Inhalt des § 675 ist. Wollte man die Besorgung eines Geschäftes völlig farblos etwa mit Vornahme eines Geschäftes auslegen, würde man sich in Widerspruch zu § 675 befinden: § 675 scheidet nämlich die Dienst- und Werkverträge in solche, die entweder eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande, oder nicht zum Gegenstande haben. Wir aber hatten vorhin festgestellt, daß jeder Gegenstand eines Dienst- und Werkvertrages ein Geschäft sein kann, und wir müßten also konsequent jede Vornahme eines solchen Geschäfts als Geschäftsbesor-

[1]) Endemann, § 172 Bem. 3.

gung ansprechen. Will man dem Gesetzgeber nicht vorwerfen, daß die Fassung des § 675 falsch ist, so muß entweder die bisherige weite Auslegung des Geschäftsbegriffs eine Einschränkung erleiden, oder der Begriff des „Besorgens" muß eine Eigenschaft haben, die für die §§ 662 und 677 und 675 in völlig gleicher Weise eine Einschränkung bringt.

Man könnte zunächst meinen, daß die Fälle des § 675 schon wegen des Bestehens eines Dienst- und Werkvertrages von den Fällen des § 687 Abs. 2 — also Fällen eines auftraglosen Handelns — so verschieden sind, daß schon deshalb eine entsprechende Uebertragung oder Nutzanwendung des Begriffs Geschäftsbesorgung des § 675 auf § 687 Abs. 2 entfiele (mithin auch eine besondere Rücksichtnahme auf § 675). Allein es kann sein, daß beide Fälle sich derart nahe berühren, daß dieser Gedankengang unrichtig erscheint; das zeigen folgende Beispiele: Der Arbeiter, der bei wissenschaftlichen Ausgrabungen beschäftigt, einen Fund macht, nach dem man suchte, scheint doch ein Geschäft des Ausgrabungsleiters zu besorgen und steht gleichzeitig im Dienstvertrag. Unterschlägt dieser Arbeiter den Fund, müßte er als unechter Geschäftsführer behandelt werden. Ebenso, macht ein Fabrikangestellter im Rahmen des Fabrikbetriebes eine Erfindung, so wird auch er ein Geschäft des Herrn besorgen [1]) und steht im Dienstvertrag. Verwertet er die Erfindung für sich, muß auch er unechter Geschäftsführer sein.

Um zum Ergebnis zu gelangen, muß praktischer Weise vor Einschränkung des Begriffes „Geschäft" versucht werden, Dienst- und Werkverträge zu finden, die eine Geschäftsbesorgung nicht zum Gegenstand haben. Da könnte man denken an Dienstverträge, die überhaupt kein Objekt, an dem ihre Dienste verwendet werden, haben: etwa Bereitschaftsdienstverträge. Jeder, der in Arbeitsbereitschaft steht, steht zwar in einem Dienstvertrage, besorgt aber selbstverständlich nichts, das man als Geschäftsbesorgung bezeichnen könnte. Gleichfalls könnten sogen. Handlangerdienste d. h. Dienste, die nur zur Unterstützung der Dienstleistung

[1]) Die Erfindung fällt in das Vermögen des Fabrikherrn: RG in JW 1920 S. 382 Ziff. 13.

des eigentlich tätigen Meisters geleistet werden, wohl kaum als Geschäftsbesorgungen bezeichnet werden. An solche Verträge denkt auch wahrscheinlich Lehmann nicht, wenn er sagt, Gegenstand eines Auftrages kann jeder Gegenstand eines Dienstvertrages sein.[1]) Indessen dürfte es noch nicht angängig sein, sich mit dieser Kategorie von Ausnahmeverträgen zufrieden zu geben, da das Gesetz auch Werkverträge kennt, die eine Geschäftsbesorgung nicht zum Gegenstand haben können. Und innerhalb der Werkverträge lassen sich Verträge gleicher Art wie die Bereitschaftsdienstverträge usw. nicht finden.

Auf der Suche nach einer weiterhin einschränkenden Definition der Geschäftsbesorgung ist man lange Zeit gewesen, ohne zu abschließendem Ergebnis zu kommen. Zu diesem Ergebnis ist jetzt erst Lenel gelangt.[2]) Er gibt wie schon erwähnt, seiner Geschäftsbesorgungsdefinition ein zweites Begriffsmerkmal, indem er sagt: Die Geschäfsbesorgung „muß, wenn ein Auftrag im Rechtssinne vorliegen soll, der Beauftragte für den Auftraggeber („für diesen") vorgenommen haben". Lenel meint damit, daß der Beauftragte nur dann ein Geschäft „für den anderen" besorgt hat, wenn er von dem materiellen Ergebnis des Geschäftes in dessen Aktiv- und Passivseite nicht berührt wird, da dieses Geschäftsergebnis völlig zu Gunsten und Lasten des Beauftragten gehen soll. Völlig klar wird Lenels Gedankengang, wenn statt „für einen anderen" die Worte „für dessen Rechnung" gesetzt werden — so auch Lenel.[3]) So besorgt z. B. der Schuster, der Schuhe besohlen soll, nicht ein Geschäft des Kunden, wenn er etwa dazu notwendig werdendes Leder einkaufen muß; vielmehr ist dieser Einkauf des Leders ebenso ein eigenes Geschäft des Schusters wie die Tätigkeit des Besohlens überhaupt. Andererseits besorgt der Bauunternehmer, der nur für seinen Arbeitserfolg abgelohnt

[1]) Enneccerus-Lehmann, § 157 I 3.

[2]) Lenel, a. a. O. S. 8 ff.

[3]) Gegen ihn Oertmann, § 675 Bem. 1 b η; jedoch mit nicht stichhaltiger Begründung, da Lenel nicht auf die Vermögenszugehörigkeit des Geschäfts nach Leistung des Dienstes oder Werkerfolges abstellt, vielmehr auf das Moment des Handelns für fremde resp. eigene Rechnung.

wird und das Baumaterial durch Vorlegung besonderer Nachweise liquidieren soll, hinsichtlich des Einkaufs der Baumaterialien ein Geschäft für Rechnung des Bauherrn, hinsichtlich seiner Arbeitsleistung jedoch eigene Geschäfte. Andererseits ist der Bauunternehmer, der nach einem die einzelnen Baumaterialien nach ihrem Preise enthaltenden Kostenanschlag arbeitet, auch hinsichtlich dieser Materiallieferungen kein Besorger eines Geschäfts des Bauherrn, sondern einfacher Werkunternehmer, da der Kostenanschlag nur die Höhe seines geforderten Gesamtpreises illustrieren soll. Hingegen besorgt ein Privatlehrer ein Geschäft seines Auftraggebers, wenn er zur Erziehung des Kindes des Auftraggebers einen Prügelstock kaufen muß; nicht dagegen, wenn er für sich Bücher zum Unterricht benötigt und einkauft. So wirkt sich Lenels Einschränkung auf die Praxis in durchaus normalen und gesunden Grenzen aus.[1])

Voraussetzung für die Einschränkung ist nun allerdings, wie auch Lenel anführt, daß § 675 auch mit Geschäftsbesorgung eine solche „für Rechnung des anderen" meint. Allein, daß diese Voraussetzung gegeben ist, kann kein Zweifel sein; meint doch § 675 und seine Geschäftsbesorgung ebenso eine Geschäftsbesorgung für einen anderen wie § 662, auf den § 675 ja indirekt zurückgreift. Daß dieses Moment „für einen anderen" im § 675 nicht positiv zum Ausdruck gekommen ist, wird dadurch entschuldigt. Auch in § 663 ist dieses Moment nicht ausdrücklich betont, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß auch § 663 eine Geschäftsbesorgung „für einen anderen" meint, ebenso wie seine handelsrechtliche Ergänzung: § 362 HGB., der ausdrücklich dieses Moment betont. Und daß in „für einen anderen" gerade das Merkmal des Handelns „für fremde Rechnung" mit enthalten ist (neben einem Hinweis auf die Fremdheit des Geschäfts), ist eigentlich selbstverständlich und deshalb vielfach nicht hervorgehoben.[2]) Ueberall, wo das Gesetz von einer „Geschäftsbesorgung für einen anderen" auch sonst sprechen

[1]) Wenn Oertmann § 675 Bem. 1 b η feststellt, daß „nur einerseits Nebenabreden, andererseits einzelne Besorgungen im Rahmen des Grundverhältnisses" unter § 675 fallen können, so ist diese Feststellung richtig und entspricht eben der Ergänzungsnatur des § 675.

[2]) Hervorgehoben z. B. vom RGRKomm. Vorbem. 2 vor § 662.

mag (z. B. § 362 HGB., § 1357 BGB.), ist diese Auslegung unumgänglich. Aber auch ohne, daß gerade das „für einen anderen" zur Auslegung der Geschäftsbesorgung herangezogen wird, ergibt sich das Element des Handelns für fremde Rechnung m. E. aus dem Wort Besorgen, das der Gesetzgeber im Gegensatz zum Sprachgebrauch nie etwa im Sinne des „Besorgens für sich selbst" verwendet (vgl. auch § 362 HGB., §§ 1357, 1909, 1959, 1978 BGB.)

Ergebnis ist also, daß Geschäftsbesorgungen alle Verrichtungen rechtlicher und tatsächlicher Art sind, die vom Geschäfsführer „für Rechnung des Geschäfsherrn" vorgenommen werden. Mit diesem Ergebnis haben wir eine Definition gefunden, die jedem Paragraphen, der von Geschäftsbesorgung spricht, gerecht wird, die auch insbesondere dem Gesetzgeber gerecht wird, dem man früher vorwarf, er sei bei § 675 einer Begriffsverwirrung zum Opfer gefallen. Es erübrigt sich also eine Einschränkung unserer weiten Definition des „Geschäfts".

Diese Lenelsche Definition in ihrem zweiten Teile ist nun aber unmöglich auf die Geschäftsbehandlung des § 687 Abs. 2 anwendbar. Denn aus dem Gesetz ist zu entnehmen, daß eine Geschäftsbehandlung „für eines anderen Rechnung" nicht Inhalt der unechten Geschäftsführung sein kann; fordert § 687 Abs. 2 doch vom Geschäftsführer ein Behandeln als eigenes in der Absicht, den anderen davon nie in Kenntnis zu setzen. Aber nicht nur hieraus, sondern auch aus der Gegenüberstellung der Worte Besorgen und Behandeln ergibt sich, daß Behandeln als neutrales Verbum eine Sorge, eine Fürsorge für den anderen nicht ausdrücken kann, während in dieser Richtung eine Auslegung von Besorgen durchaus angebracht ist.

Wir sehen also, daß § 675 und die Auslegung von „Besorgen" dem § 687 Abs. 2 kein neues Begriffsmoment mehr bringt, und daß es für die Geschäftsbehandlung also bei einer neutralen Definition: — Geschäftsbehandlung ist die Vornahme jeder rechtlichen oder tatsächlichen Angelegenheit — bleiben muß. Geschäftsbesorgung und Geschäftsbehandlung unterscheiden sich eben

in diesem Punkte und können daher endgültig nicht gleichgestellt werden.[1]) Nun verstehen wir auch, warum uns vorher die erwähnten Fälle der Fundunterschlagung und Erfindungsverheimlichung dem Fall des § 675 so nahe zu stehen schienen: Wir hatten angenommen, daß in beiden Paragraphen Geschäftsbesorgung und Geschäftsbehandlung ein und dasselbe bedeutete. Der Angestellte, der seine Fabrikerfindung nicht verheimlichen würde, würde ein Geschäft seines Prinzipals b e h a n d e l n, er würde auch ein Geschäft seines Prinzipals b e s o r g e n, da normaler Weise ein Dienst- oder Werkvertrag solche Arbeitsergebnisse nicht zum Inhalt hat, und da normaler Weise für solche Arbeit der gewöhnliche Lohn nicht als volle Gegenleistung angesehen werden kann, mag auch anerkannt werden, daß das Eigentum an der Erfindung durch sogen. stillschweigenden V e r t r a g dem Fabrikherrn zusteht (RG. in JW. 1920 S. 382 Ziff. 13) Ein solch stillschweigender Vertrag kann aber m. E. nicht mit sich bringen, daß ein solcher Gegenstand des Vertrages, an den vielleicht niemand bei Vertragsabschluß dachte, dadurch ein „eigenes Geschäft" im Sinne von Lenel würde. Der Angestellte kann daher z. B. Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.[2]) Der Arbeiter jedoch, der den ausgegrabenen Fund ordnungsmäßig abliefern würde, behandelt ein Geschäft des Ausgrabungsleiters, aber er b e s o r g t n i c h t ein solches Geschäft für den Ausgrabungsleiter, da es sein eigenes Geschäft ist; denn um dieses Geschäftes willen und auf dieses Geschäft gerichtet hat er seinen Dienstvertrag abgeschlossen. So unterscheiden sich beide Fälle und geben eine treffende Erläuterung zu Lenels Theorie. Verheimlicht der Erfinder jedoch die Erfindung und unterschlägt der Arbeiter den Fund, stehen sie sich wieder beide gleich

---

[1]) Wenn Brückmann daher dem Gesetzgeber vorwirft, er habe im § 687 gegen die „Reinhaltung des vom BGB. geprägten Geschäftsbesorgungsbegriffes" verstoßen, so ist gerade das Gegenteil der Fall: Durch die andere Wortwahl hat er den Begriff der Geschäftsbesorgung nicht angetastet. (Brückmann S. 225, S. 47, S. 48 Anm. 2.)

[2]) Anders natürlich, wenn der Arbeitsvertrag ausdrücklich etwaige Erfindungen als Gegenleistung für den Lohn anzusehen bestimmt; dann besorgt der Angestellte eben auch nicht ein Geschäft seines Prinzipals, sondern ein eigenes Geschäft.

als unechte Geschäftsführer: denn hier haben beide nur eine Geschäftsbehandlung und keiner gleichzeitig eine Geschäftsbesorgung vorzuweisen.

Nach dieser eindeutigen Definition der Geschäftsbehandlung einerseits, der Geschäftsbesorgung andererseits erscheinen andere Versuche, den Begriff der Geschäftsbesorgung einschränkend auszulegen, als sehr dürftig. So geht auch Heck [1]) mit seiner Rechtsfolgenerklärung des § 675 nur in Richtung des Zieles, er verkennt aber die wahren Ursachen, warum eine Folgenübertragung nicht notwendig ist.

Auf die Ausführungen anderer Schriftsteller einzugehen, die gerade für § 675 eine Sonderinterpretation aufstellen [2]), entbehrt nach dieser Erläuterung einer praktischen Konsequenz. Ihre Darstellung geht über den Rahmen der Arbeit hinaus.

§ 4.

Die Behandlung eines Geschäfts „als eines eigenen".

Bei der Erläuterung der „Geschäftsbesorgung" haben wir insbesondere unter Berücksichtigung des § 675 so großes Gewicht auf das Moment des Besorgens „für einen anderen" gelegt. Es ist festgestellt worden, daß dieses Merkmal in dem Begriffe der Geschäftsbehandlung (§ 687 Abs. 2) gerade fehlt, und daß dieses Fehlen einer Gleichbehandlung von Geschäftsbesorgung und Geschäftsbehandlung nicht zuläßt. Als Grund einer getrennten Behandlung war schon angeführt, daß das Gesetz im § 687 Abs. 2 die ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, daß der Geschäftsführer die Geschäftsbehandlung „als seine eigene" vornehmen müsse.

Hatten wir mit Lenel [3]) das Merkmal „für einen anderen" durch Teilauslegung (d. h. abgesehen von dem Merkmal der Fremdheit) juristisch klarer schon durch „für dessen Rechnung" umschrieben, so können wir hier bei der Interpretation des Begriffes Behandlung

[1]) Heck, Grundriß § 118. 4. S. 353.
[2]) z. B. Enneccerus-Lehmann, § 161, I.
[3]) Lenel, a. a. O. S. 8.

eines Geschäftes „als eines eigenen“ der obigen Umschreibung entsprechend definieren: Geschäftsbehandlung als eigene ist eine Geschäftsbehandlung „für eigene Rechnung“.

Daß mit Behandeln als eigenes z. B. nicht eine diligentia quam in suis — Behandeln „wie“ ein eigenes — zum Ausdruck kommt, geht daraus hervor, daß damit eine zu den Haftungsbestimmungen der echten Geschäftsführung in Gegensatz stehende neue Haftungsbestimmnng geschaffen würde, die als solche eine Einschränkung der Ansprüche des Geschäftsführers auf allein § 684 Satz 1 nicht rechtfertigt. Braucht doch die diligentia quam in suis durchaus nicht einen geringeren Grad Sorgfalt darzustellen als den in § 677 geforderten.[1])

Auch das äußere Moment des Auftretens in eigenem Namen kommt nicht mit als eigenes Behandeln zum Ausdruck. Daß die Erklärung des Geschäftsführers immer dahin gehen muß, im eigenen Namen zu handeln, ist schon in der Einleitung abgelehnt, vielmehr haben wir nachgewiesen, daß der unechte Geschäftsführer, wenn er schon einmal nach außen auftritt, dann sowohl in fremdem, wie unter fremdem, wie in eigenem Namen auftreten kann, und daß die Frage, wie er Dritten gegenüber aufgetreten ist, lediglich für Ansprüche des Außenverhältnisses Bedeutung gewinnen kann. Gerade die typischen Fälle — Vertretung mit oder ohne Vertretungsmacht nach außen, ohne Absicht des Handelns „für einen anderen“ nach innen — würden eliminiert. Wollte man so auslegen, würde man Innen- und Außenverhältnis miteinander verwechselt haben.

Auch nicht das Interesse des Geschäftsführers an der unechten Geschäftsführung kann bei der Auslegung maßgebend sein, da — allein auf das Interesse abgestellt — auch die Handlungen dem § 687 Abs. 2 unterfielen, bei denen sowohl auf Seiten des Geschäftsführers, als auch auf Seiten des Geschäftsherrn Interessen vorhanden sind. Daher unterliegen folgende Fälle dem § 687 Abs. 2 nicht, wenn z. B. der Mieter für die gemietete Sache Aufwendungen macht, oder

[1]) Siehe darüber Lent S. 119 und Schmid S. 24. Durch die bei Planck § 687 Bem. 2 gebrauchte Bezeichnung — wie ein eigenes — soll das Maß von Sorgfalt nicht ausgedrückt sein.

wenn ein an der Solvenz seines Schuldners Interessier ter dessen Schulden zahlt.[1])

Maßgebend ist vielmehr die innere Willensrichtung des Geschäftsführers, den aus der Geschäftsführung entstehenden Erfolg sich zukommen zu lassen. Gerade damit kommt der richtige Gegensatz zu § 677 zum Ausdruck: Nicht Handeln für einen anderen, sondern Handeln für sich, „für eigene Rechnung" ist das Kennzeichen des § 687 Abs. 2. Dieses Ergebnis ist nicht bestritten.[2])

Wenn Naters[3]) unter „als eigenes Behandeln" ein Handeln in „lediglich eigenem Interesse" versteht, so ist diese Lösung sachlich nichts anderes als die von uns gefundene. Auch bei Naters kann man das lediglich eigene Interesse nur an dem darauf gerichteten Willen erkennen, eben an dem Willen, jedes Interesse des Geschäftsherrn absichtlich unbeachtet zu lassen.

Der Begriff des „fremden" Geschäfts.

§ 5.

Der Begriff nach herrschender Lehre.

Das bisherige Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Geschäftsführer irgend eine Angelegenheit rechtlicher oder tatsächlicher Natur für eigene Rechnung vorgenommen haben muß. Ein solches Geschäft muß aber, sollen sich Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer rechtfertigen, irgendwie den Geschäftsherrn tangieren. Diese Notwendigkeit hat das Gesetz dadurch anerkannt, daß es von „fremden" Geschäften spricht. Das Adjektiv „fremd" stellt also eine irgendwie geartete Beziehung des Geschäftsherrn zu dem vom Geschäftsführer für eigene Rechnung vorgenommenen Geschäft dar.

Bei der Untersuchung, welch rechtlicher Art diese Beziehungen sein können, wird gerade bei der Auslegung des § 687 Abs. 2 auf eine alte gemeinrechtliche Unterscheidung zurückgegriffen. Das gemeine Recht

---

[1]) Vgl. Oertmann § 687 Bem. 3 d β.
[2]) Vgl. Oertmann § 687 Bem. 1. Lent S. 122. Schmid S. 26.
[3]) Naters S. 25.

teilte die Geschäfte, die ein auftragloser Geschäftsführer vornehmen kann, ein in sogen. objektiv fremde Geschäfte: d. h. solche, die durch ihre Eigenart notwendig dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehören, und in sogen.

subjektiv fremde Geschäfte, d. h. solche, bei denen erst und allein durch die Geschäftsführung und den Willen des Geschäftsführers, für den Geschäftsherrn tätig zu werden, Beziehungen des Geschäfts zu dem Geschäftsherrn hergestellt werden.

Bei den objektiv fremden Geschäften sind Beziehungen des Herrn zu dem Geschäftsgegenstand schon vorhanden, bevor der Geschäftsführer überhaupt irgend eine Tätigkeit entwickelt hat; bei den subiektiv fremden Geschäften verursacht erst diese Tätigkeit in Verbindung mit dem auf die Geschäftsführung für einen anderen gerichteten Willen, daß ein völlig neues Geschäft Beziehung zum Geschäftsherrn gewinnt. Beispiele ergeben sofort ein klares Bild dieser begrifflichen Trennung: Vermietet G auftraglos das Haus seines Freundes D, führt er ein objektiv fremdes Geschäft; mietet G dagegen auftraglos für seinen Freund D eine Wohnung, so ist das ein subjektiv fremdes Geschäft.

Diese Lehre war wichtig für die gemeinrechtliche Streitfrage, ob bei der auftraglosen Führung eines objektiv fremden Geschäfts zur Entstehung der actio negotii gesti neben diesem objektiven Moment noch ein subjektives Moment: der sogen. animus alieni negotii gerendi — d. h. der auf eine Geschäftsführung für einen andern gerichtete Wille des Geschäftsführers — erforderlich war oder nicht. Das BGB. hat dieser Streitfrage dadurch ein Ende bereitet, daß es

1. positiv bestimmte, der Geschäftsführer müsse das Geschäft „für einen anderen" führen, — d. h. der Geschäftsführer muß den Willen [1]) haben, für einen anderen tätig zu werden — und daß es

---

[1]) oder doch zumindest neben dem Bewußtsein der Fremdheit das Bewußtsein davon, daß das Geschäft fremder Interessenbefriedigung diene — so Oertmann Vorbem. 3 b und c vor § 677. Die andere Ansicht vertreten u. a. Staudinger § 677 Bem. 2 b und Lent S. 124. Zu Oertmanns Ansicht vergl. S. 53 der Arbeit, Anm. 3

2. negativ bestimmte, die Besorgung eines fremden Geschäfts in der Meinung, es sei ein eigenes, sei keine Geschäftsführung (§ 687 Abs. 1).

Damit ist dieser Streitfrage heute jeder Boden entzogen, wie es der Gesetzgeber auch beabsichtigte.[1])

Es ist jedoch klar, daß die Vermeidung dieser Unterscheidung nur dort gelingen wird, wo der Geschäftsführungswille für einen anderen eine derart dominierende Stellung einnimmt. Das ist jedoch bei § 687 Abs. 2 nicht der Fall: Ein gegenteiliger Wille, nämlich der für eigene Rechnung — nicht für fremde — zu handeln, ist gerade als Inhalt des § 687 Abs. 2 festgestellt. Dieser gegenteilige Wille bewirkt nun, daß die nur subjektiv fremden Geschäfte in § 687 Abs. 2 auszuscheiden sind, da ihr notwendiges Kennzeichen: Geschäftsführungswille für einen anderen — dem Merkmale des § 687 Abs. 2: Geschäftsführerwille für sich selbst, für eigene Rechnung wiederspricht. Es ist unmöglich, Geschäfte, die erst und allein durch die Willensrichtung des Geschäftsführers zu Geschäften des Geschäftsherrn werden können, gleichzeitig und ausschließlich für eigene, des Geschäftsführers, Rechnung zu führen. Alle subjektiv fremden Geschäfte müssen also ausgeschieden werden.

Uebrig bleiben die objektiv fremden Geschäfte. Sie können, da zu ihrem eigenen Begriffe ein Willensmoment nicht erforderlich ist, Gegenstand sowohl eines Geschäftsführungswillens für fremde Rechnung, als auch eines solchen Willens für eigene Rechnung sein. § 687 Abs. 2 kann daher nur objektiv fremde Geschäfte zum Gegenstand haben; alle subjektiv fremden Geschäfte müssen ausgeschieden werden.[2])

Von den objektiv fremden Geschäften hatten wir bisher gesagt, daß ihr Merkmal darin bestehe, daß sie durch ihre Eigenart notwendig dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehören, und daß sie nicht erst diese Zugehörigkeit durch den Willen des Geschäfts-

---

[1]) Motive II S. 855.

[2]) So die herrschende Ansicht RGRKomm. § 687 Bem. 1. Staudinger § 687 Bem. 1. Planck § 687 Bem. 3.

führers erwerben.[1]) Mit dieser Definition wird jedoch die Frage noch nicht beantwortet, wann denn diese Eigenart des Geschäfts immer notwendig gegeben ist.

Die herrschende Meinung versucht aus dem Geschäfte selbst, aus seinem Inhalte oder Gegenstand ein gemeinsames Kennzeichen gegenüber den nur subjektiv fremden Geschäften zu finden. Der Inhalt resp. Gegenstand des Geschäfts ist uns bereits bekannt. Inhalt kann jedes tatsächliche oder rechtliche Handeln sein, Gegenstand jedes Rechtsgeschäft, jede Rechtshandlung, jeder Realakt und jede sonstige tatsächliche Handlung sein. Diese weite Definition des Geschäfts erleidet durch die hinzugekommene Eigenschaft der objektiven Fremdheit auch keine Einschränkungen.

Denn es können (wie bei den subjektiv fremden Geschäften) rein tatsächliche Handlungen Inhalt resp. Gegenstand des objektiv fremden Geschäfts sein; denken wir an die Stützung eines fremden Hauses, dessen Eigentum ich mir anmaße, an die Pflege eines zugelaufenen Hundes, den ich behalten will. Ferner können Rechtsgeschäfte jeder Art Gegenstand eines objektiv fremden Geschäfts sein: z. B. auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie folgendes Beispiel zeigen mag: G macht eine Auslobung für eine von D verlorene Sache, um die dem ausgelobten Betrag gegenüber weit wertvollere Sache dadurch in die Hände zu bekommen und zu behalten.[2]) Jede Verfügung über einen fremden Gegenstand ist ein objektiv fremdes Geschäft; nur der Eigentümer (oder Besitzer oder dinglich Berechtigte) kann über seine Sachen und Rechte verfügen, verfügt der Geschäftsführer über sie, um den Erlös zu behalten, so ist das ein objektiv fremdes Geschäft. Aber auch Verpflichtungen können, soweit ich als Geschäftsführer in der Lage bin, die der Verpflichtung entsprechende Verfügung später vorzunehmen, objektiv fremde Geschäfte sein,[3]) nämlich z. B. wenn G als Verkäufer einen Kauf-

[1]) So die herrschende Ansicht: Oertmann Vorbem. 3 b vor § 677. Staudinger § 677 Bem. 2 b. RGRKomm. § 687 Bem. 1.

[2]) Hier ist § 687 Abs. 2 wichtig in Hinblick auf die Auskunftspflicht des § 666, wenn der Geschäftsführer die Sache noch nicht erlangt hat. Eine erlangte Sache könnte der Geschäftsherr freilich mit der rei vidicatio herausverlangen.

[3]) Ebbecke in „Recht" 1921 S. 102.

vertrag über eine Sache des D abschließt und die Möglichkeit hat, die Sache zu übereignen, da er sie unterschlagen will; hier ist nicht erst nur die Uebereignung, sondern schon die Herbeiführung der Verkäuferstellung ein objektiv fremdes Geschäft. Ferner sind solche Geschäfte objektiv fremd, deren Abschluß, deren Anfertigung ausschließlich einem anderen kraft Gesetzes, auch kraft Vertrages überlassen ist; man denke an Patente, Monopole, vertragliche Konkurrenzverbote.[1]) Auch folgender Fall hat ein objektiv fremdes Geschäft zum Gegenstand: Ein Verlag räumt für ein militärisches Werk dem Offizier D durch besondere Offerte einen Vorzugssubskriptionspreis ein unter der Bedingung, daß die eingesandte Bestellkarte unterschrieben zurückgesandt wird. D verliert die Bestellkarte, die von G gefunden wird, der das Werk unter Benutzung des Namens des D bestellt. Dem D ist dadurch bis und nach Ablauf der Subskriptionspflicht die Möglichkeit genommen, das Werk verbilligt zu erhalten. Er muß das Werk von G als unechtem Geschäftsführer herausverlangen können.

Bisher ist es auch der Wissenschaft nicht geglückt, auf diese Weise ein gemeinsames juristisches Kriterium für das objektiv fremde Geschäft zu finden. Die Versuche aus gemeinrechtlicher Zeit, so die Bestimmung von Monroys[2]): „Es ist erforderlich, daß die Handlung das betreffende Vermögen (des Geschäftsherrn) selbst in seinen Bestandteilen ergreift, daß dessen (des Vermögens) Rechte ausgeübt werden", haben infolge ihrer weiten Fassung — was ist Rechtsausübung? — keine praktische Abgrenzung bringen können. Heute unterscheidet die herrschende Lehre danach, ob „der Verkehr für das betreffende Geschäft ein bald durch seine Natur, bald durch seinen Inhalt, bald durch seinen Gegenstand vermitteltes Interesse als herrschend be-

[1]) In OLG. 22, 328 wird ein Vorstoß gegen ein vertragliches Konkurrenzverbot nicht nach § 687 Abs. 2 behandelt wegen Fehlens eines ausschließlichen Rechts des Berechtigten, die dem Verpflichteten verbotenen Geschäfte vorzunehmen. Auf eine Ausschließlichkeit kann es im Innenverhältnis nicht ankommen; zumindest muß § 687 Abs. 2 angewandt werden, wenn das Verbot eine Ausschließlichkeit des Berechtigten für einen bestimmten Handelsplatz schaffen soll.

[2]) v. Monroy S. 17.

trachte".[1]) Damit ist die Beantwortung der oben gestellten Frage, wann das Geschäft ein objektiv fremdes ist, nicht direkt gegeben; die Lösung verbirgt sich vielmehr hinter der Verkehrsauffassung und der dieser wichtig erscheinenden Merkmale des jeweiligen Falles.

Diese Ansicht verzichtet also völlig auf die Auffindung juristischer Kriterien, doch ohne Grund. Denn wenn wir gelegentlich erwähnt hatten, daß die objektiv fremden von den subjektiv fremden Geschäften nicht nur dadurch abzugrenzen sind, daß ihnen negativ ein Geschäftsführungswille fehle, sondern auch positiv dadurch, daß Beziehungen des Herrn zu dem Geschäftsgegenstand schon vorhanden sind, bevor der Geschäftsführer überhaupt irgend eine Tätigkeit entwickelt hat, so kann diese positive Behauptung andere Ergebnisse zeitigen. Daß sie richtig ist, geht aus allen Beispielen hervor; immer ist schon v o r der Geschäftsführung eine Beziehung des Herrn zum späteren Gegenstand des Geschäfts erkennbar.

Alle bisher vorgetragenen Meinungen versuchten indessen, das Begriffsmerkmal des objektiv fremden Geschäfts aus dem I n h a l t e o d e r G e g e n s t a n d e d e s G e s c h ä f t s s e l b e r a b z u l e i t e n. Daß dieses schwer fiel, hat seinen guten Grund in der Mannigfaltigkeit der schon aufgeführten Fälle und darin, daß den gleichen Inhalt auch ein subjektiv fremdes Geschäft haben kann.

Das Begriffsmerkmal des objektiv fremden Geschäfts muß jedoch aus den rechtlichen Beziehungen des Herrn zum Geschäftsführungsgegenstand aus der Zeit v o r der Geschäftsführung entnommen werden. Dieses Moment bewirkt in dem später vorgenommenen Geschäft die objektive Fremdheit. Vor der Geschäftsführung stand der Herr z. B. zu der vermieteten Sache im Rechtsverhältnis des Eigentümers, Besitzers oder sonst dinglich oder obligatorisch Berechtigten; im Falle der Vorzugsofferte in der Rechtsposition die Offerte annehmen zu können[2]); in Fällen rein tatsächlicher Handlungen meist in der Rechtsposition des Eigen-

[1]) So Isay S. 67. Planck § 687 Bem. 3. Höbbel S. 10/11.

[2]) Die Offerte ist ja zugegangen. Wäre die Bestellkarte (Offerte) schon vor Zugehen in die Hände des G geraten, kann von einer Rechtsposition noch nicht gesprochen werden.

tümers; in dem Falle der Fabrikerfindungsunterschlagung in der Rechtsposition des Vertragsgegners. Das Zurückgreifen auf den zeitlich früheren Termin hat also zum Ergebnis, wenn sämtliche Fälle einheitlich zusammengefaßt werden, daß das Kennzeichen der Führung objektiv fremder Geschäfte ist: eine eingreifende Tätigkeit des Geschäftsführers in eine schon bestehende Rechtsposition des Geschäftsherrn. Dies unterscheidet die objektiv fremden Geschäfte von den subjektiv fremden Geschäften, bei denen von einer Rechtsposition des Geschäftsherrn vor der Geschäftsführung nicht gesprochen werden kann, da allein der Wille des Geschäftsführers Beziehungen erst schafft.

Im übrigen ergibt sich eine Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre insofern, als die von ihr zu Rate gezogene Verkehrsauffassung Schlüsse nicht aus dem Geschäfte selber zieht [1]) — das könnte sie bei dem Fehlen eines Willensmomentes nur aus den unmaßgeblichen Erscheinungen des Außenverhältnisses tun —, sondern die Verkehrsauffassung greift auf die ihr aus der Zeit vor der Geschäftsführung erkennbaren Momente zurück; ein solches Moment ist z. B. Eigentum, Besitz, dingliches oder obligatorisches Recht usw., kurz die Rechtsposition, die der Geschäftsherr dem Gegenstande des Geschäfts gegenüber vor der Geschäftsführung einnahm.

Ergebnis der Lehre vom fremden Geschäft ist also: Fremdes Geschäft kann nach der herrschenden Lehre nur ein objektiv fremdes Geschäft sein; ein objektiv fremdes Geschäft wiederum ist nach unserer Ansicht ein Geschäft, durch dessen Führung in eine schon bestehende Rechtsposition des Geschäftsherrn dem Geschäftsgegenstand gegenüber eingegriffen wird.

Daß an gewissen Stellen die Grenzen der „fremden" Geschäfte über die der objektiv fremden Geschäfte hinaus durch positive Gesetzesvorschriften erweitert werden, hat Sternberg [2]) mit Recht hervorgehoben. Anzuführen sind da die §§ 60/61 und 112/13

[1]) Daß sie das nicht tut, hat Lent S. 61 ff. gezeigt und daher Isay zu widerlegen versucht, ohne aber selbst eine Lösung für die objektiv fremden Geschäfte an die Stelle zu setzen.

[2]) Sternberg S. 10 Anm. 2.

HGB., nach denen Geschäfte des Handlungsgehilfen resp. Gesellschafters für eigene Rechnung im Handelsgewerbe des Prinzipals resp. der Gesellschaft von diesen an sich gezogen werden können. Diese Geschäfte können ohne diese Bestimmung nicht zu objektiv fremden Geschäften in obigem Sinne gezählt werden. Es handelt sich in diesen Paragraphen aber immer nur um Geschäfte, die sich in den engen Grenzen des betreffenden Handelsgewerbes bewegen, aber nicht um solche, die darüber hinaus — z. B. Spekulationsgeschäfte — gehen. Bei diesen besteht schon gar kein Merkmal einer objektiven Fremdheit.

§ 6.

Der Begriff des „fremden" Geschäfts nach der Lehre von Oertmann und Lehmann.

Nachdem unsere Feststellungen dahin gegangen sind, als Gegenstand der unechten Geschäftsführung nur (und alle) objektiv fremden Geschäfte zu betrachten, sollte man annehmen, daß damit der Bereich des fremden Geschäfts genau und abschließend umrissen ist. Diese Ansicht ist bis in die neueste Zeit unbestritten gewesen. Erst Oertmann und in Anschluß an ihn Lehmann bringen in ihren neuesten Auflagen (1929, 1930) auch subjektiv fremde Geschäfte unter diesen Begriff [1]): Als Beispiele eines solchen nur subjektiv fremden Geschäfts führen Oertmann und Lehmann an: ein Angestellter spekuliert auf eigene Rechnung im Namen des Arbeitgebers.[2]) Und Oertmann fährt fort: „Hier ist ein Anspruch des Herrn auf das Geschäftsergebnis begründet, denn der Eingreifer macht durch die bloße Erklärung, er handle für den anderen oder sei der andere, das Geschäft zu einem solchen dieses anderen."

Soweit Oertmann. Er behauptet also, daß schon durch die bloße Erklärung eines anderen Namens — sei es Handeln in fremdem Namen oder unter fremdem Namen — das Geschäft zu einem „frem-

[1]) Ortmann § 687 Bem. 3 d a. Enneccerus-Lehmann § 165 I 1 Anm. 2.

[2]) Früher schon einmal von Cosack Aufl. 1903 § 155 VIII 2 unter § 687 Abs. 2 gebracht. s. a. Schwabe S. 1 ff.

den" Geschäft würde. Ebenso stellt Lehmann ein Handeln unter fremdem Namen dem Handeln in fremdem Namen gleich, muß also auch er auf die Erklärung abstellen, mithin auf ein Moment, das sonst nur im Außenverhältnis berücksichtigt zu werden pflegt. So hatten auch wir bei der Untersuchung, was ein „fremdes" Geschäft sei, nicht auf die nach außen gehende Erklärung geachtet, sondern die Fremdheit lediglich in der Notwendigkeit einer vor der Geschäftsführung schon bestehenden Rechtsposition des Geschäftsherrn zum Geschäftsgegenstand zu erkennen geglaubt. Es wird jetzt also nötig, zu prüfen, welche Erklärungen bei den objektiv fremden Geschäften nach außen gehen, und ob wir diesen Geschäften das Oertmann'sche Moment der Erklärung überordnen können.

Diese Ueberordnung ist generell jedoch zumindest undenkbar; denn bei tatsächlichen Handlungen kann eine Erklärung der Natur der Tätigkeit nach nicht nach außen gehen, da ein Dritter bei diesen Handlungen nicht vorhanden ist, demgegenüber eine Erklärung abgegeben werden könnte. Andererseits ist bei rechtsgeschäftlichem Handeln auch ein Handeln in eigenem Namen denkbar, nicht bloß ein Handeln in oder unter fremdem Namen.[1]) Denn ich kann z. B. eine Verfügung über eine fremde Sache in eigenem Namen ebensogut vornehmen, wie in oder unter dem Namen des Eigentümers. Die Fälle des Handelns in eigenem Namen aber auszuscheiden und nicht nach § 687 Abs. 2 zu behandeln, liegt kein Grund vor,[2]) um so weniger, als auch die Ansprüche aus gewöhnlicher echter Geschäftsführung sowohl bei Handeln in oder unter fremdem Namen wie bei Handeln in eigenem Namen entstehen.[3])

Es folgt daraus also, daß das bisher gefundene Ergebnis: „fremde" Geschäfte sind alle objektiv fremden Geschäfte bestehen bleibt. Auch Oertmann wird kaum aus diesen objektiv fremden Geschäften die ausscheiden wollen, die in eigenem Namen geführt sind[4]);

---

[1]) Staudinger § 687 Bem. 3 e. Planck § 687 Bem. 3.

[2]) Sternberg S. 13 läßt sogar nur Handeln in eigenem Namen gelten; diese seine einschränkende Ansicht wird aber von Schwabe S. 26 Anm. 2 widerlegt.

[3]) siehe auch Einleitung.

[4]) Vgl. Oertmann § 687 Bem. 3 d α am Anfang.

vielmehr wird er das Moment der Erklärung nur auf die subjektiv fremden Geschäfte angewandt wissen wollen, wie ja denn auch das Spekulationsbeispiel nur ein subjektiv fremdes Geschäft zum Inhalte hat.

Mit dieser Behauptung von Oertmann kann also nicht verbunden werden, daß auch die Bedeutung von „für einen anderen" in § 677 einen anderen Sinn bekommt, sowie wir in § 687 Abs. 2 die Erklärung für maßgebend halten.[1]) Denn „für einen anderen" in § 677 umfaßt nach wie vor alle subjektiv und alle objektiv fremden Geschäfte, während „fremd" in § 687 Abs. 2 als durch das Handeln für eigene Rechnung eingeschränkter Begriff alle objektiv fremden Geschäfte umfaßt und nach Oertmann und Lehmann von den subjektiv fremden Geschäften nur die in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäfte umfassen soll. Unser Bestreben ist es auch nicht, den Widerspruch der Motive, die den Gegensatz der subjektiv fremden und objektiv fremden Geschäfte beseitigt wissen wollen,[2]) zu dem endgültigen § 687 Abs. 2 (auch Abs. 1) dadurch aufzuheben, daß sowohl in § 677 und auch in § 687 Abs. 2 die Erklärung allein maßgebend sein soll.[3])

Oertmann selber führt als Beweis dafür, daß bei den subjektiv fremden Geschäften die Erklärung eines fremden Namens die Fremdheit des Geschäfts herbeiführen soll, nur an, „daß es ein Widerspruch wäre, wenn der Angestellte sich zur Hintanhaltung der Ansprüche des anderen auf die mangelnde Berechtigung zu einem solchen Handeln berufen würde". Oertmann beruft sich also — sollte er nicht nur Billigkeitserwägungen anstellen — auf eine Mentalreservation des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn. So, wie der von der Erklärung abweichende innere Wille dem Dritten gegenüber, mit dem der unechte Geschäftsführer das Geschäft abschließt, wegen Mentalreservation (§ 116) unbeachtlich ist, so soll dieser Wille auch im Innenverhältnis: „Geschäftsführer zu Geschäftsherr keine Bedeutung haben. Allein, die Mentalreservation erfordert immer eine Willens e r k l ä r u n g; eine solche

[1]) wie Schwabe S. 24 bei dem Versuche, gerade den Spekulationsfall unter § 687 Abs. 2 zu bringen.
[2]) Motive II S. 855.
[3]) So Schwabe versuchsweise S. 24/25.

ist in dem Spekulationsbeispiel aber nur dem Dritten nicht dem Geschäftsherrn gegenüber erfolgt. Daß der Herr gerade von dem auf seinen Namen gestellten Geschäft erfuhr, ist nicht der Erfolg der Willenserklärung des Geschäftsführers gegenüber dem Dritten, sondern lediglich dem Zufall zu verdanken. Durch die Vornahme eines Geschäftes in fremdem Namen wird der Dritte nicht beauftragt, dem Vertretenen die Vornahme einer Vertreterhandlung mitzuteilen, da gerade er normalerweise auf das Bestehen einer Vertretungsmacht vertraut, zumal, wenn es sich um einen Angestellten handelt, der im Namen des Prinzipals zu handeln erklärt. Hat der Geschäftsführer aber sogar unter fremdem Namen gehandelt, hat er sich den fremden Namen beigelegt, so weiß der Dritte von der Existenz des anderen nichts, kann ihm infolgedessen auch keine Mitteilung machen. Die Anwendung von Mentalreservationsgrundsätzen ist daher in beiden Fällen — Handeln in und unter fremdem Namen — unmöglich; nur der Wille ist im Innenverhältnis entscheidend,[1]) nicht also die „Erklärung", da eine solche im Innenverhältnis fehlt.

Wenn sonach festgestellt ist, daß eine Willenserklärung, die die Anwendung von Mentalreservationsgrundsätzen nach sich ziehen könnte, fehlt, so ist noch weiter zu prüfen, ob nicht wenigstens eine Willensäußerung gegenüber dem Geschäftsherrn vorliegt, die als solche eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärung (und damit auch des § 116) bedingen könnte. Bekanntlich ist ja die Aeußerung des Geschäftsführungswillens bei der echten Geschäftsführung Inhalt einer sogen. Rechtshandlung[2]; und eine solche Rechtshandlung bringt nach herrschender Ansicht infolge der der Willenserklärung ähnlichen Natur der Willensäußerung eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärung mit sich. Unterscheiden sich Rechtshandlung und Rechtsgeschäft resp. Willensäußerung und Willenserklärung doch nur dadurch, daß die Rechtswirkung der Rechtshandlung nicht notwendig durch den Willen — wie bei einem Rechtsgeschäfte — sondern direkt

[1]) So auch Schwabe S. 38/39.
[2]) Vgl. Enneccerus § 128 III 2 mit Anm. 9.

durch das Gesetz bestimmt wird. Abgesehen von dieser Unterscheidung muß jedoch in den übrigen Voraussetzungen eine übereinstimmende Natur von Willenserklärung und Willensäußerung vorhanden sein, um eine analoge Anwendung der jeweiligen Vorschriften der Willenserklärung auf eine Willensäußerung vornehmen zu können. Eine solche Uebereinstimmung ist z. B. bei der Aeußerung des Geschäftsführungswillens einer echten Geschäftsführung entsprechend der Voraussetzung der Willenserklärung vorhanden, daß sie dem, den es angeht, erkennbar ist; ja, fordert doch eine echte Geschäftsführung diese Erkennbarkeit der Willensäußerung geradezu als Voraussetzung.[1]) Diese Erkennbarkeit des Geschäftsführungswillens fehlt aber bei der unechten Geschäftsführung völlig; wird doch gerade der unechte Geschäftsführer darauf bedacht sein, daß dem Geschäftsherrn die Vornahme des fremden Geschäfts verborgen bleibt. Daher muß auch eine analoge Anwendung von § 116 abgelehnt werden.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die bloße Erklärung des Geschäftsführers, in oder unter fremden Namen zu handeln, noch kein subjektiv fremdes Geschäft zu einem „fremden Geschäfte" im Sinne von § 687 Abs. 2 macht, daß vielmehr nur Geschäfte, deren objektive Fremdheit feststeht, fremde Geschäfte sein können. Zu der Ansicht Oertmanns und Lehmanns muß gesagt werden, daß das Hineinziehen des Momentes der nach außen gehenden Erklärung in das Innenverhältnis eine Rechtfertigung für die Behandlung des Spekulierens in fremdem oder unter fremdem Namen als unechte Geschäftsführung nicht gebracht hat.

§ 7.

Der Begriff des „fremden" Geschäfts nach eigener Interpretation.

Wenn Oertmann und Lehmann somit keine stichhaltige Begründung dafür gegeben haben, daß der Prinzipal vom Angestellten, der in oder unter Prinzipals Namen, aber für eigene Rechnung spekulierte, den

[1]) Staudinger § 677 Bem. 2 b.

Spekulationsgewinn wegen unechter Geschäftsführung einziehen kann, so fragt es sich, ob nicht mit Hilfe anderer Gesichtspunkte doch noch die Anwendung des § 687 Abs. 2 sich rechtfertigen läßt.

Ausgangspunkt eines solchen Rechtfertigungsversuches muß trotz der Ablehnung der Oertmann-Lehmann'schen Ansicht immer wieder das Handeln in oder unter fremdem Namen sein. Der Mißbrauch des Namens des Geschäftsherrn ist das einzige Moment, welches das Spekulieren in oder unter fremdem Namen zu einem „fremden" Geschäft im Sinne des § 687 Abs. 2 machen könnte, also wieder ein Moment aus dem Außenverhältnis. Oertmann benutzte aus dem Außenverhältnis lediglich das Moment der „Erklärung in oder unter fremdem Namen zu handeln". Da dieses Moment aber — wie nachgewiesen — nicht zur Rechtfertigung ausreicht, wollen wir das Außenverhältnis auch hinsichtlich seiner etwaigen Folgen für den Geschäftsherrn prüfen, können doch diese Folgen unter Umständen sehr gewichtig sein (z. B. wenn der Geschäftsherr Vertretener ist) und u. U. von Ansprüchen gegen den Urheber dieser Folgen, den Geschäftsführer, begleitet werden, die unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung oder der unechten Geschäftsführung betrachtet werden könnten.

Wenn wir gesagt haben, daß Ausgangspunkt unserer Betrachtung die Folgen des Außenverhältnisses für den Geschäftsherrn sein sollen, so sind nur die Fälle zu prüfen, in denen zwischen Drittem und Geschäftsherrn Beziehungen entstehen können. Solche Beziehungen entstehen bei einem Handeln unter fremdem Namen aber nicht; daher sind diese Fälle auszuscheiden. Gibt der Angestellte sich „als" Prinzipal aus, hält mithin der Dritte ihn für den Prinzipal, so sind Beziehungen zwischen dem Dritten und dem, dessen Name mißbraucht wurde, nicht denkbar. Für diese Fälle vermag die folgende Betrachtung keine Lösung im Sinne des § 687 Abs. 2 zu bringen. Ein Handeln unter fremdem Namen gibt dem, dessen Name mißbraucht ist, also nur dann die Rechte aus § 687 Abs. 2, wenn ein objektiv fremdes Geschäft Gegenstand der Geschäftsbehandlung war.

Nur bei einem Handeln in fremdem Namen kön-

nen Beziehungen zwischen Drittem und Geschäftsherrn entstehen, und zwar infolge der Tatsache einer Vertretung des Geschäftsherrn (Vertretenen) durch den Geschäftsführer (Vertreter). Wer auftraglos in fremdem Namen handelt, ist meist Vertreter ohne Vertretungsmacht, braucht es indessen nicht zu sein, da er auch Vertreter gemäß Vollmacht sein kann. Ist doch der Vertreter oft mit weitgehenderer Vollmacht (Generalvollmacht) ausgestattet, als es im Innenverhältnis sein jeweiliger Auftrag oder Dienstvertrag oder dergleichen erheischt.[1]) Geht der Vertreter auf Grund seiner Vollmacht über den Auftrag hinaus, wird er im Innenverhältnis zum auftraglosen Geschäftsführer, bleibt aber im Außenverhältnis Vertreter. Eine solche Vertretung wirkt gemäß § 164 ohne weiteres für und gegen den Vertretenen. Eine Vertretung ohne Vertretungsmacht indessen wirkt nur dann für und gegen den Vertretenen, wenn sie eine Vertretung im Abschlusse eines Vertrages oder in der nicht beanstandeten Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts war und vom Vertretenen genehmigt ist: § 177 Abs. 1, § 180 Satz 2 BGB.

Diese Wirkung für und gegen den Vertretenen erleidet auch dadurch keine Einschränkung, daß der Vertreter nicht für Rechnung des Vertretenen, sondern für eigene Rechnung hat handeln wollen. Denn dieser innere Wille des Vertreters ist dem Dritten gegenüber ja wegen Mentalreservation unbeachtlich (§ 116).

Im Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 177 Abs. 1, § 180 Satz 2) setzt diese Wirkung für und wider den Vertretenen allerdings dessen Genehmigung voraus. Daß eine solche auch bei Handeln für Vertreters Rechnung möglich ist, ist fraglos. Ist doch der äußere Tatbestand: „Abschluß eines Vertrages als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen“ (d. h. des Geschäftsherrn, Vertretenen) gegeben. Den Worten „im Namen eines anderen“ kann nur die Bedeutung zugrunde gelegt werden, daß der Vertragsgegner ein Handeln in fremdem Namen gemäß § 164 Abs. 1 Satz 2 zur Kenntnis genommen

[1]) z. B. D bevollmächtigt G auch zu Spekulationsgeschäften, verbietet ihm aber, andere Spekulationskäufe zu tätigen, als die von ihm dem G jeweils aufgegebenen.

hat. Ein Rückgriff auf den Willen des Vertreters, für sich, für eigene Rechnung zu handeln, ist im Außenverhältnis genau so unzulässig, wie ein Rückgriff auf die „Erklärung" im Innenverhältnis (vgl. auch § 6 der Arbeit). In § 177 ist allein die evtl. konkludente (§ 164 Abs. 1 Satz 2) Erklärung von Belang. Die Möglichkeit der Genehmigung ist also gegeben. Ergebnis ist also, daß der, in dessen Namen das Rechtsgeschäft vorgenommen ist, auch ein für des Handelnden Rechnung vorgenommenes Rechtsgeschäft genehmigen kann [1]) und durch die Genehmigung in die Stellung eines Vertretenen aufrückt.

Jedenfalls ist die Genehmigung nicht deshalb unmöglich, weil § 684 Satz 2 in § 687 Abs. 2 nicht zitiert ist. Denn einmal soll durch die Nichtzitierung ausgedrückt sein, daß eine Genehmigung der Geschäftsführung bei einer Betrachtung als unechte Geschäftsführung undenkbar ist, und daß schon deshalb § 683 keine Anwendung finden kann. Zum anderen ist theoretisch ferner diese Genehmigung der Geschäftsführung (§ 684 Satz 2) von der Genehmigung der Vertretung (§ 177), die uns hier allein interessieren kann, zu scheiden. Allerdings wird diese Genehmigung der Vertretung auch die Wirkung des § 185 Abs. 2 nach sich ziehen, eine Wirkung, die durch die bloße Geltendmachung der Ansprüche aus § 687 Abs. 2 noch nicht herbeigeführt wird.[2])

Wir können also vorerst feststellen, daß

1. in den Fällen eines Handelns gemäß einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht ohne weiteres der Vertretene dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet ist, und daß
2. im Falle einer machtlosen Vertretung im Vertragsabschluß oder in der unbeanstandeten Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts der Vertretene dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird, wenn er genehmigt.

Mit dieser Wirkung der evtl. genehmigten Vertretung für und gegen den Vertretenen lassen die Vor-

[1]) So auch Oertmann § 687 Bem. 3 d α am Ende.

[2]) Vgl. Heck § 120 Ziff. 13.

schriften der §§ 164 ff. es bewenden; haben sie doch auch nur das Rechtsverhältnis des Dritten zum Vertretenen oder Vertreter zu beleuchten. Doch es ist selbstverständlich, daß das Innenverhältnis zwischen „Vertretenem" und „Vertreter" der Wirksamkeit der Vertreterhandlung nach außen angepaßt sein muß. Wenn der Vertretene im Außenverhältnis verpflichtet wird, muß er im Innenverhältnis von dem in seinem Namen Handelnden die erworbenen Rechte herausverlangen, Rechenschaft fordern, ihn evtl. wegen des auftraglosen Handelns zur Verantwortung ziehen können. Diese Rechte des Vertretenen sind in der Regel dem Vertretenen als „Geschäftsherrn" in den §§ 677 ff. gegeben, weil und soweit auftraglos für den Geschäftsherrn gehandelt wurde. Indessen ist auf unsere Fälle eine direkte Anwendung der Rechte aus §§ 677 ff. wegen des Handelns des Geschäftsführers für eigene Rechnung ausgeschlossen; verlangt doch die Geschäftsführung ohne Auftrag ausdrücklich ein Handeln für fremde, des Geschäftsherrn, Rechnung. Die Vorschriften der §§ 677 ff. durch Vermittlung des § 687 Abs. 2 anzuwenden — ein anderer Weg ist nicht vorhanden —, hat uns bisher die Beschränkung der „fremden Geschäfte" auf objektiv fremde Geschäfte gehindert. Diese Beschränkung muß jetzt fallen, nachdem wir nachgewiesen haben, daß die Wirkungen einer solchen unechten Geschäftsführung im Außenverhältnis den Geschäftsherrn teils immer tangieren (bei über den Auftrag hinausgehender Vollmacht), teils unter der Voraussetzung der Genehmigung tangieren werden.

Aehnliche Gedankengänge bringt übrigens auch Oertmann. Er sagt: „Der andere kann das Geschäft durch Genehmigung zu einem nach außen für und gegen sich wirksamen erheben, § 177 . . . . . Das wäre aber folgewidrig, wenn er nicht auch im Innenverhältnis eine Handhabe hätte, sich das Ergebnis des Aktes anzueignen, und diese bietet allein die Anwendung des § 687 Abs. 2 in Verbindung mit § 681 Satz 2 und § 667." [1]) In welchem Zusammenhange diese Sätze Oertmanns zu seiner erst zitierten Behauptung stehen, die „Erklärung" in oder unter fremdem Namen zu

[1]) Oertmann § 687 Bem. 3 d α am Ende.

handeln, sei allein ausschlaggebend, ist schwer ergründlich. Sie soll wohl als Stütze für diese erstere Ansicht gedacht sein, ist aber nicht richtig, da durch die Genehmigung — sie entfällt zudem ja bei Handeln gemäß einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht — erst ein ganz neuer Tatbestand geschaffen wird, der als solcher nach unserer Ansicht infolge seiner Wirksamkeit nach Außen die Anwendung von Geschäftsführungsvorschriften verlangt.

Von Oertmanns Lehre, die Erklärung in oder unter fremdem Namen zu handeln, schaffe ein fremdes Geschäft im Sinne des § 687 Abs. 2, unterscheidet sich diese Lehre also dadurch, daß die Erklärung unmaßgeblich ist, und daß nur in den Fällen des Handelns in, nicht unter fremdem Namen erst eine Wirksamkeit des Geschäftes nach außen ein „fremdes" Geschäft schafft. Maßgebend ist auch nicht die Genehmigung — die übrigens Oertmann selber anscheinend nicht als ein die Fremdheit verursachendes Moment hingestellt wissen will, — maßgebend ist vielmehr erst deren Folge, nämlich die Wirksamkeit des Geschäftes nach außen. Daß diese Wirksamkeit in den Fällen einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht eine Genehmigung nicht voraussetzen kann, mag nochmals betont sein.

Fremde Geschäfte im Sinne des § 687 Abs. 2 sind also

1. alle objektiv fremden Geschäfte,
2. von den subjektiv fremden Geschäften die, die entweder direkt nach § 164, oder indirekt durch Genehmigung nach § 177, § 180 Satz 2 im Außenverhältnis gegen den Geschäftsherrn (Vertretenen) wirksam sind. Diese Geschäfte mögen zum Unterschiede von den objektiv und subjektiv fremden Geschäften als „verfremdete Geschäfte" bezeichnet werden. — Ein solch verfremdetes Geschäft ist also z. B. das Spekulieren in fremdem Namen und der Einkauf einer Sache in fremdem Namen.[1])

[1]) Dieses Beispiel aus v. Monroy S. 40; weitere Beispiele ebenda und bei Schwabe S. 8.

Die Notwendigkeit, in derartigen Fällen § 687 Abs. 2 anzuwenden, ergibt sich ferner noch daraus, daß dem Geschäftsherrn anders geartete Ansprüche kaum zur Verfügung stehen. So ist es z. B. ein sehr umstrittenes Problem, ob der Herr aus Eigentum den ganzen Erlös (also incl. des Gewinnes), resp. ob er, wenn es zu einer Realisierung der Wertsteigerung der Spekulationsaktien noch nicht gekommen ist, die Aktien mit der rei vindicatio herausverlangen kann. Durch Vertreterhandlung allein müßte es also zur Eigentumsbegründung direkt für den Vertretenen gekommen sein. Es ist also zu prüfen, ob Einigung oder Uebergabe (§ 929 BGB.) direkt für den Vertretenen wirken:

Was die Einigung betrifft, so ist dies zwar unbedingt zu bejahen, da die Einigungserklärung auf Seiten des Vertreters eine Willenserklärung ist, die gemäß den §§ 164, 177 direkt für den Vertretenen wirkt; ist doch der innere Wille des Vertreters, die Sache für sich zu erwerben, infolge Mentalreservation des Vertreters gegenüber dem Dritten (§ 116) nicht beachtlich.

Bestritten ist aber, ob die Besitzübergabe direkt in der Person des Vertretenen Besitz im Sinne von § 929 BGB. begründet. Die herrschende Lehre [1]) nimmt an, daß Besitz im Sinne von § 929 unmittelbaren Besitz bedeutet; sie bejaht Besitzerwerb durch einen Stellvertreter demnach nur im Falle des Besitzdieners und der schlichten Einigung, vermöge deren der Erwerber die Gewalt auszuüben in der Lage ist: § 854 Abs. 2, longa manu traditio.[2]) Besitzdiener ist der unechte Geschäftsführer aber auf keinen Fall, da begrifflich Weisungen des nichts ahnenden Herrn nicht denkbar sind. Ebenso kommt der Fall des § 854 Abs. 2 nicht in Frage. Nach der herrschenden Lehre scheitert also die rei vindicatio am Mangel einer nach § 929 für den Herrn wirksamen Tradition.[3])

---

[1]) Staudinger § 929 III 1. Martin Wolff (in Enneccerus, Kipp und Wolff) § 13, § 66 I 1.

[2]) Hier wirkt eine „Willenserklärung" des Vertreters direkt für den Vertretenen. In den übrigen Fällen ist sie zur Begründung des unmittelbaren Besitzes für den Vertretenen weder erforderlich noch genügend.

[3]) Immerhin wird auch die Meinung vertreten, daß mittelbarer Besitzerwerb für die Tradition genüge: Martin Gotthilf S. 39. Daß für den Herrn mittelbarer Besitz gemäß § 868 BGB. begründet

Nicht in Frage kommen für einen etwaigen Anspruch des Herrn auf das Geschäftsergebnis die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, da einmal kaum ein verletztes Rechtsgut — es sei denn der Name — vorhanden ist, sodann auch kein Vermögensschaden entstanden ist, es sei denn unter den Voraussetzungen, des § 824 eine Kreditgefährdung für den Herrn durch leichtsinnige Spekulationen. Dieser Schaden begründet aber selbst dann keinen Anspruch auf das „Erlangte".

Ebenso können Bereicherungsansprüche nicht der durch Vertretung oder genehmigte Vertretung geschaffenen Rechtslage geeigneten Boden für Ansprüche geben. Außerdem kann nicht von einer Vermögensminderung auf Seiten des Herrn gesprochen werden, da des Herrn Vermögen in keiner Weise angegriffen ist; auch Ansprüche aus § 816 können nicht konstruiert werden.

Die Anwendung der Vorschriften des § 687 Abs. 2 ist daher unbedingt erforderlich. Sie ist ferner besonders glücklich, da sie Ansprüche des Herrn wie bei echter Geschäftsführung zur Entstehung bringt — das entspricht auch der Wirkung des Geschäftes nach außen —, da sie aber ferner auch das bösgläubige Handeln des Geschäftsführers berücksichtigt (§ 684 Satz 1). Daß bisher eine Anwendung des § 687 Abs. 2 abgelehnt wurde, war mehr oder weniger auf den Gedanken zurückzuführen, daß der Geschäftsherr ja nicht zu genehmigen brauche. Nachdem aber festgestellt ist, daß in Fällen eines Handelns gemäß einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht die Wirkungen des Geschäfts gegen den Geschäftsherrn (Vertretenen) ohne eine solche Genehmigung eintreten, kann eine Anwendung des § 687 Abs. 2 nicht mehr abgelehnt werden.

Man könnte versucht sein, die Geschäfte, die infolge einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht (§ 164) „verfremdet" sind, als objektiv fremde Geschäfte anzusprechen. Allein die objektiv fremden Geschäfte sind solche, die durch ihre Eigenart notwen-

---

wird durch das „ähnliche Verhältnis" der echten Geschäftsführung ohne Auftrag, ist herrschende Ansicht: RG. 98, 134. Daß ein solch ähnliches Verhältnis aber auch durch unechte Geschäftsführung begründet wird, ist zweifelhaft.

dig dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehören, d. h. solche, deren Behandlung in eine schon bestehende Rechtsposition des Geschäftsherrn eingreift. Hier ist eine Rechtsposition des Geschäftsherrn aber vor der Behandlung des Geschäftes noch nicht erkennbar, vielmehr ist das Geschäft nach wie vor ein neutrales. Dieser Tatbestand ist daher den objektiv fremden Geschäften nicht einzugliedern.

Sowohl in dem Spekulationsfalle, als auch in dem von v. Monroy [1]) gegebenen Falle: „G kauft im Namen des D von dessen gutem Freunde T in der Absicht eine Sache, sie für sich selbst zu behalten, auch selbst zu bezahlen, geleitet von der Hoffnung, sie auf diese Weise billiger zu bekommen" handelt es sich immer um Rechtsgeschäfte, die jeder Mensch vornehmen kann; (nur subjektiv fremde Rechtsgeschäfte). Um solche muß es sich aber auch handeln. Denn es kann § 687 Abs. 2 nicht angewandt werden, wenn es sich um ein objektiv eigenes Geschäft des Geschäftsführers oder auch einer vierten Person [2]) handelt: z. B. G verkauft im Namen des D, der als großer Kunstsammler bekannt ist, eine eigene Sache, um den Anschein zu erregen, sie stamme aus dem berühmten Privatbesitz des Sammlers D, und um dadurch einen höheren Preis zu erzielen. Auch das Beispiel Schwabes: Der Rennstallbesitzer G meldet, da nach den Bedingungen des Rennens nur ein Pferd desselben Besitzers zugelassen wird, ein zweites unter dem Namen des D an, ist nicht nach § 687 Abs. 2 zu behandeln, da die Anmeldung eines eigenen Pferdes ein eigenes Geschäft des G ist. Daher können diese Beispiele unsere Ausführungen nicht erschüttern.[3])

Daß unser Ergebnis hinsichtlich der verfremdeten Geschäfte auch den §§ 60/61, 112/113 HGB. insofern nicht widerspricht, als durch sie eine weitere Verfremdung von Geschäften nicht gestattet werden sollte, wird

---

[1]) v. Monroy S. 40. Schwabe S. 8.

[2]) z. B. G, ein Freund des Kunsthändlers X, verkauft eine wertlose Sache des X im Namen des Fürsten D, um auf diese Weise einen Affektionspreis erzielen zu können.

[3]) Wie es Schwabe S. 43, 44 versucht; vgl. auch Schulz, (System der Rechte auf den Eingriffserwerb) S. 208 und 209.

noch darzulegen sein: Der Unterschied der handelsrechtlichen Fälle von dem hier abgehandelten liegt darin, daß das HGB.

1. über unser Ergebnis hinausgehend auch solche subjektiv fremden Geschäfte „fremd" macht, die in eigenem Namen des Angestellten für dessen oder Vierter Rechnung vorgenommen werden,
2. eine Einschränkung insofern bringt, als nur Geschäfte des betreffenden Handelsgewerbes vom Prinzipal an sich gezogen werden können.

Aus dieser teilweisen Deckung der handelsrechtlichen Vorschriften und des § 687 Abs. 2 läßt sich aber nicht schließen, daß die von uns gefundene Lösung dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Denn die handelsrechtlichen Bestimmungen sind nur aus dem Gesichtspunkte, den Kaufmann vor der Konkurrenztätigkeit seiner Angestellten zu schützen, nicht aus dem Gesichtspunkte einer unechten Geschäftsführung geschaffen, und die handelsrechtlichen Normen konkurrieren nicht immer mit § 687 Abs. 2, da nicht immer ein Handlungsgehilfenverhältnis vorzuliegen braucht. Ist doch das Spekulieren als solches kaum je ein „Handelsgeschäft" des Prinzipals.

Die Lehre Oertmanns und unsere Lehre unterscheiden sich also in der Interpretation des fremden Geschäfts folgendermaßen:

1. Oertmann behandelt
   a) jedes objektiv fremde Geschäft,
   b) jedes Handeln in fremdem Namen und
   c) jedes Handeln unter fremdem Namen nach § 687 Abs. 2;
2. Wir behandeln
   a) jedes objektiv fremde Geschäft nach § 687 Abs. 2,
   b) ein Handeln in fremdem Namen nur dann nach § 687 Abs. 2, wenn
      1) eine über den Auftrag hinausgehende Vollmacht vorhanden war oder

2) eine Vertretung ohne Vertretungsmacht genehmigt wurde,

c) ein Handeln unter fremdem Namen nie nach § 687 Abs. 2.

§ 8.

Zusammenfassung und Würdigung unseres Ergebnisses für den Begriff des „fremden" Geschäfts.

Als Ergebnis unseres Abschnitts über das „fremde" Geschäft halten wir also fest: fremd sind

1. alle objektiv fremden Geschäfte,
2. alle verfremdeten Geschäfte.

Schon aus diesem Resultat geht hervor, daß hiermit eine eigentliche Definition des „fremden" Geschäfts nicht gefunden ist, vielmehr nur eine Interpretation des fremden Geschäfts in § 687 Abs. 2 speziell. Damit kommt zum Ausdruck, daß unsere Lösung nicht auf andere Fälle, insbesondere § 687 Abs. 1, der auch von fremden Geschäften redet, übertragen werden kann. Eine Definition des „fremden Geschäfts" überhaupt und allgemein ist unmöglich, da, wie wir aus einem Vergleiche von § 687 Abs. 1 mit § 687 Abs. 2 sehen, „fremdes" Geschäft kein terminus technicus sein kann. Denn in § 687 Abs. 1 müssen gerade die Fälle der verfremdeten Geschäfte wieder ausscheiden, da Abs. 1 ein Handeln in eigenem Namen infolge des irrtümlichen Behandelns eines fremden Geschäfts für eigene Rechnung voraussetzt, während wir für die verfremdeten Geschäfte gerade ein Handeln in fremdem Namen hatten voraussetzen müssen. Ja, man kann nun geradezu sagen, daß die Motive [1]) doch mit ihrer Ablehnung einer Scheidung von objektiv und subjektiv fremden Geschäften Recht behalten. Das Gesetz hat nicht mit diesen Begriffen arbeiten wollen; sondern es hat nur den einheitlichen Begriff „Geschäft" gekannt. Ein einheitliches die Zusammengehörigkeit von Geschäft und Geschäftsherr ausdrückendes Moment kennt

[1]) Motive II S. 855.

das Gesetz überhaupt nicht; vielmehr hat es dieses Moment in § 677 durch die einen Tatbestandsvoraussetzungen, in § 687 Abs. 1 durch die anderen Voraussetzungen, in § 687 Abs. 2 durch noch andere als jeweils in möglichst weitem Umfange praktisch bestimmbar darstellen wollen. So hat das Gesetz auch nicht überall den Ausdruck „fremd" gebraucht, vielmehr z. B. in § 677 dieses bestimmbare Moment mit „für einen anderen" ausgedrückt. Die herrschende Lehre war bei „fremd" von einem terminus technicus ausgegangen, hatte diesen mit den aus der gemeinrechtlichen Theorie entnommenen objektiv fremden Geschäften identifiziert und kam so zu falschen Resultaten.

§ 9.

Führung des fremden Geschäfts in Kenntnis von der Nichtberechtigung.

Als negatives Kriterium ist der unechten Geschäftsführung mit der echten das Fehlen eines Auftrages oder einer sonstigen Berechtigung gegenüber dem Herrn gemeinsam. Dieses Kriterium ergibt sich schon aus den Worten des § 687 Abs. 2: „obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist"; es ergibt sich aber auch aus der systematischen Stellung des § 687 Abs. 2 im 11. Titel.

Neben diesen objektiven Kennzeichen des Nichtbestehens einer Berechtigung wird gefordert, daß auch subjektiv der Geschäftsführer von dieser seiner Nichtberechtigung Kenntnis hat: § 687 Abs. 2.

Hinsichtlich der objektiven Seite muß in den Fällen also, in denen Vertrag, gesetzliche Vertretung, Amtspflicht, Ermächtigung u. ä. dem Handeln zugrunde liegt, eine Anwendung des § 687 Abs. 2 abgelehnt werden, da eine Berechtigung — eine Verpflichtung braucht wie z. B. in den Fällen einer bloßen Ermächtigung nicht zu bestehen — vorhanden ist. Als Berechtigung stellt sich aber nicht die Figur der „Vertretungsmacht" oder „Vollmacht" dar, mithin auch nicht eine Vertretungsmacht, die auf einer über den Auftrag

hinausgehenden Vollmacht beruht. Die Vollmacht ist eine für das Innenverhältnis gleichgültige Erscheinung.[1])

Hinsichtlich der subjektiven Seite, d. h. der Kenntnis des Geschäftsführers von seiner Nichtberechtigung zur Führung fremder Geschäfte und damit zur Führung fremder Geschäfte als eigener[2]), läßt der Wortlaut des Gesetzes eigentlich keinen Zweifel aufkommen, daß nur ein vorsätzliches Handeln gegen besseres Wissen in Betracht kommt. Nur Isay[3]) ist anderer Ansicht und zwar entwickelt er aus § 687 Abs. 1 heraus seine Ansicht mit folgendem Gedankengang:

Da § 687 Abs. 1 ein Handeln für eigene Rechnung im irrtümlichen Glauben an ein eigenes Geschäft fordert, so kann dieser Irrtum auch auf Fahrlässigkeit oder auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Aber die Billigkeit — sagt er — fordere, daß die strengere Haftung als unechter Geschäftsführer nach § 687 Abs. 2 zumindest dann auch für einen irrtümlich Handelnden angewandt werden müsse, wenn sein Handeln auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Dies ist aber eine Auslegung, die vielleicht zu erwägen wäre, wenn § 687 Abs. 2 nicht existierte. Wenn dieser § 687 Abs. 2 aber positiv eine Kenntnis durch die Worte „obwohl er weiß" vorschreibt, so kann man unmöglich mit Isay sagen, daß das Gesetz eine direkte Antwort auf die Frage schuldig bleibe, ob für den Ausschluß der Geschäftsführungsvorschriften nach § 687 Abs. 1 ein Irrrtum genügt, oder ob gefordert werden muß, daß dieser Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit oder doch grober Fahrlässigkeit beruhen dürfe. Bedacht werden muß auch, daß der fahrlässig Irrende nicht völlig ohne Pflichten dasteht, daß er vielmehr in der Regel nach § 823 ff. haften wird..[4])

Solange also eine positive Kenntnis der Nichtbe-

---

[1]) Siehe Einleitung; s. a. Lent S. 164.

[2]) Lent S. 118/19.

[3]) Isay S. 103/104; gegen ihn Schmid S. 21.

[4]) Ausnahmsweise wird eine Anwendung des § 687 Abs. 2 allerdings bei einer grob fahrlässigen Patentverletzung bejaht (RG. 70. 249). Doch ist diese Ausnahme nicht geeignet, Isays Ansicht zu stützen, da sie auf der speziellen Vorschrift des § 35 des Patentgesetzes beruht, der wissentliche und grob fahrlässige Patentverletzung gleichsetzt. Diese Gleichstellung wird im BGB. aber grundsätzlich abgelehnt. Vgl. auch Oertmann, § 687 Bem. 2.

rechtigung auf Seiten des Geschäftsführers nicht vorliegt, kann von einer unechten Geschäftsführung im Sinne des § 687 Abs. 2 nicht gesprochen werden. Hieraus muß gefolgert werden, daß eine nachträglich erworbene Kenntnis für die schon ausgeführten Geschäftshandlungen unbeachtlich ist, daß aber für die nach Kenntniserwerbung noch vorgenommenen Geschäftsführungshandlungen die Vorschriften des § 687 Abs. 2 Anwendung finden müssen,[1]) sofern diese Geschäfte weiterhin für eigene Rechnung vorgenommen werden.

In diesem Zusammenhange muß folgender Fall betrachtet werden: Zwischen X und G besteht ein Auftrag oder ein ähnliches Verhältnis, kraft dessen G verpflichtet ist, über eine dem D gehörige Sache zu verfügen und den Erlös an X abzuliefern, der ihn behalten will, also das Geschäft „als eigenes" führt. Es besteht also zwischen dem Geschäftsführer G und dem Geschäftsherrn D kein Auftrag, sondern ein solcher nur zwischen G und seinem Auftraggeber X.

1. Hier kommt gegen X immer § 687 Abs. 2 in Anwendung, da er ein fremdes Geschäft als eigenes — er will den Erlös behalten — in Kenntnis von seiner Nichtberechtigung führt. Daß er die Ausführungshandlung nicht selbst vornimmt, sondern sich dazu eines Gehilfen (G) bedient, muß nicht nur in Hinblick auf ähnliche gesetzliche Bestimmungen (z. B. § 278, der allerdings nur Erfüllungsgehilfen betrifft),[2]) sondern auch deshalb unbeachtlich sein, weil X den unechten Geschäftsführungs w i l l e n hat.
2. Schwierig wird aber die Feststellung, ob G dem D als echter oder unechter Geschäftsführer haften kann:
   a) Als e c h t e r Geschäftsführer kann G dem D nicht haften, da er nicht den Willen hat, das fremde Geschäft als fremdes (des D) zu besorgen, sondern nur den Willen, dem Auftrage gemäß für X zu handeln.[3])

---

[1]) So Staudinger § 687 Bem. 3 b.

[2]) Wie Lent S. 148, 156 für § 677, so auch für § 687 Abs. 2.

[3]) Die Oertmann'sche Formulierung (Vorbem. 3 c vor § 677), die nicht den Willen, sondern nur Bewußtsein davon fordert, daß

b) Als unechter Geschäftsführer kann G dem D nur haften, wenn er weiß, daß er nicht zur Verfügung berechtigt ist, und wenn er das Geschäft als eigenes führt: Hieraus geht hervor, daß die Fälle, in denen G von seiner Nichtberechtigung und damit überhaupt von der Existenz des D nichts ahnt, eine Anwendung des § 687 Abs. 2 nicht zulassen. Hieraus geht aber weiter hervor, daß, wenn G seine Berechtigung daraus ableitet, daß er glaubt, sein Auftraggeber X sei entweder selbst Beauftragter des D oder dessen echter Geschäftsführer, ebenfalls § 687 Abs. 2 keine Anwendung finden kann.[1]) Ferner geht hieraus aber hervor, daß, wenn G von der Nichtberechtigung des X und damit auch von der unechten Geschäftsführung des X und damit auch von seiner eigenen Nichtberechtigung Kenntnis hat, daß es dann für eine Haftung des G nur darauf ankommt, ob man sagen kann, er führe das Geschäft „als eigenes". Zweifellos wird man dies nicht sagen können, da G nicht den Willen hat, das Geschäft für eigene Rechnung, sondern für Rechnung des X als seines Auftraggebers zu führen.[2]) Es hat für D gegenüber G also sein Bewenden mit Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung. Lent jedoch will trotz des entgegenstehenden Wortlauts eine analoge Anwendung des § 687 Abs. 2 aus Billigkeitsgründen zulassen.[3]) Andersartige Gründe lassen sich für die Anwendung des § 687

---

das Geschäft fremder Interessenbefriedigung dient, läßt hier ihre Unzulänglichkeit erkennen, denn G hat, wenn er X für einen Beauftragten des D oder dessen echten Geschäftsführer hält, doch Bewußtsein von einer Befriedigung des Interesses des D. Oertmann käme also, wenn G diesen Glauben hat, zu einem wahrscheinlich ungewollten Ergebnis. Vgl. S. 30 der Arbeit Anm. 1.

[1]) Siehe das Beispiel bei Lent S. 160.

[2]) Staudinger § 687 Bem. 3 c.

[3]) Lent S. 159. Schmid S. 51. Vergl. a. Planck § 687 Bem. 2 am Ende.

Abs. 2 aber nicht finden; und wenn man schon auf Billigkeitsgründe abstellt, so muß doch immerhin bedacht werden, daß die Anwendung des 684 Satz 1 auf G unter Umständen eine Härte bedeutet, z. B. wenn er von X wirtschaftlich abhängig ist. Die Beschränkung des Aufwendungsanspruches auf ungerechtfertigte Bereicherung soll doch für den unechten Geschäftsführer auch eine Strafe sein, weil er wähnte, fremde Vermögensinteressen, Rechtspositionen usw. sich nutzbar machen zu können. Dem G dieselbe Strafe aufzuerlegen, erscheint dann unbillig. Deshalb vermag ich Lent nicht zu folgen. Auch verbleiben dem D noch ausreichende Ansprüche gegenüber G aus § 812 ff. und § 823 ff., gegenüber X außerdem aus § 687 Abs. 2.

Zum Ergebnis unseres ersten Hauptteils erhalten wir also als Voraussetzung einer unechten Geschäftsführung folgenden Tatbestand:

Der Geschäftsführer muß ohne Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn und in positiver Kenntnis dieser seiner Nichtberechtigung ein objektiv fremdes oder ein verfremdetes Geschäft für eigene Rechnung geführt haben, wobei unter „Geschäft" jedes Handeln tatsächlicher oder rechtlicher Natur, unter „verfremdeten" Geschäft ein nach außen durch Vertretung oder genehmigte Vertretung wirksames Geschäft zu verstehen ist.

§ 10.

Spezialfälle.

Nach Auffindung dieses Ergebnisses bleibt noch übrig, eine Anzahl zum Teil bestrittener Fälle zu besprechen. Hierzu wird es angebracht sein, eine tabellenmäßige Zusammenstellung der Fälle zu geben, die gemäß der bisherigen abstrakten Prüfung nach § 687 Abs. 2 behandelt werden. Gemeinsam muß allen Fällen

ein nichtberechtigtes Handeln für eigene Rechnung in Kenntnis der Nichtberechtigung sein. Variierbar bleibt

die Art des Geschäftes,
das die Fremdheit verursachende Moment,
die nach außen gehende Erklärung.

Nichtberechtigtes Handeln für eigene Rechnung in Kenntnis der Nichtberechtigung.

Nr.	Geschäft	Fremdheit	Erklärung	Ergebnis	Bemerkungen
1	Tatsächliches Handeln und Realakte	muß schon objektiv fremd sein	fehlt	§ 687. 2	Eine Erklärung geht nie nach außen
2	Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen	unter Voraussetzung ihrer obj. Fremdheit	in eigenem Namen	§ 687. 2	
3	„ „	„ „	in fremdem Namen	§ 687. 2	
4	„ „	„ „	unter fremdem Namen	§ 687. 2	
5	„ „	nicht obj. fremd aber nach § 164 wirksam	in fremdem Namen	§ 687. 2	in Frage kommen nur solche Geschäfte, die nicht notwendig eigene sind.
6	Verträge und unbeanstandet vorgenommene einseitige Rechtsgeschäfte	nicht obj. fremd aber nach § 177 genehmigt und damit wirksam	„ „	§ 687. 2	

Wenn wir in Nr. 2 jeden Fall der Verfügung über eine fremde Sache in eigenem Namen für eigene Rechnung als unechte Geschäftsführung betrachten, welche Ansprüche auf Herausgabe des Erlangten zur Entstehung bringt, so müßten auch folgende Fälle nach § 687 Abs. 2 behandelt werden:

G stiehlt Geld des D, kauft sich dafür in eigenem Namen ein Lotterielos und gewinnt. Durch die Bezahlung mit fremdem Gelde nimmt G eine Verfügung über eine fremde Sache vor, wäre also zur Herausgabe des Lotteriegewinnes in gleicher Weise verpflichtet, wie der Wilddieb zur Herausgabe des durch Verkauf seiner Beute erzielten Gewinnes. Ebenso müßte der Ehemann von der Ehefrau einen Lotteriegewinn herausverlangen können, den sie mit Wirtschaftsgeld erzielte. Auch jeder Einkauf mit unterschlagenen Gel-

dern müßte als unechte Geschäftsführung aufgefaßt werden können.

Allein dieses Ergebnis wird — meist allerdings unbegründet — von der Literatur abgelehnt. Oertmann versagt einem derartigen Geschäft deshalb die Behandlung nach § 687 Abs. 2, da es „nur durch bloße Benutzung der fremden Sache" vorgenommen sei, mithin da „das Geschäft nicht selbst ein fremdes" sei, sondern „ein eigenes mit Hilfe fremder Mittel durchgeführtes" [1]). Diese Begründung kann indessen nicht befriedigen, unterscheiden sich die genannten Fälle doch in keiner Weise von folgendem Falle: G t a u s c h t gegen eine Sache des D eine andere in eigenem Namen ein. Hier muß die Hingabe der Sache des D, d. h. die Verfügung über die Sache des D, Inhalt einer unechten Geschäftsführung sein, trotzem die Verfügung auch nur das für den Eintausch der neuen Sache benutzte Mittel ist. Oertmann hat nur soweit recht, daß zwar die Hingabe von Geld oder einer Tauschsache das benutzte Mittel für das Einkauf- resp. Eintauschgeschäft ist; aber er erkennt nicht, daß auch umgekehrt das Einkauf- resp. Eintauschgeschäft nur benutztes Mittel für ein anderes Geschäft ist, das gerade in der Hingabe des Geldes oder der Tauschsache besteht. In Wahrheit sind also bei synallagmatischen Verträgen z w e i G e s c h ä f t e zu unterscheiden und gesondert zu betrachten: Das eine von diesen: d. h. die Hingabe des Geldes oder der Tauschsache ist also trotz Oertmann ein „Geschäft", und zwar ein fremdes: das andere: d. h. der Einkauf oder Eintausch ist ebenfalls ein „Geschäft", aber in den aufgeführten Fällen kein „fremdes" Geschäft im Sinne des § 687 Abs. 2, da nur ein subjektiv fremdes Geschäft vorliegt, welches auch infolge Handelns in eigenem Namen nicht verfremdet werden kann.[2])

Oertmanns Begründung hindert uns also nicht, die Hingabe des Geldes (ebenso wie die Hingabe der

---

[1]) So Oertmann § 687 Bem. 3 a.

[2]) Verfremdet werden kann dieses subjektiv fremde Geschäft nur durch Handeln in fremdem Namen. Liegt Handeln in fremdem Namen vor, so sind also zwei fremde Geschäfte vorhanden, von denen jedes die g l e i c h e n Ansprüche aus § 687 Abs. 2 nach sich zieht, also keine Besonderheit gegenüber dem jeweils anderen Geschäft aufweist.

Tauschsache) als unechte Geschäftsführung zu betrachten. Daß indessen dieses Ergebnis für den Fall der Hingabe fremden Geldes unmöglich ist, muß der herrschenden Lehre zugestanden werden. Die Hingabe des fremden Geldes muß anders behandelt werden als die Hingabe der speziellen Tauschsache. Als Grund kann nur eine Eigenschaft des Geldes dienen, die die spezielle Tauschsache nicht hat. Dieser Grund ist in der Eigenschaft des Geldes, allgemeines Tauschmittel zu sein, zu erblicken. Diese gleiche Eigenschaft des Geldes hat übrigens den Gesetzgeber auch in § 935 veranlaßt, dem Gelde eine Sonderstellung gegenüber anderen Sachen einzuräumen. Diese Sonderstellung ist ihm also auch im § 687 Abs. 2 einzuräumen, natürlich nur solange, als das Geld tatsächlich als allgemeines Tauschmittel gegeben wird, also z. B. nicht wenn der Dieb das gestohlene Geld als Darlehn weitergibt.

Die gleiche Zergliederung eines Tatbestandes in mehrere Geschäfte muß auch für folgenden Fall die Lösung bringen: Der Fabrikant G hat vorsätzlich ein dem D für dessen Waren geschütztes Warenzeichen benutzt. Sein vorsätzlicher Eingriff in das Warenzeichenrecht des D verpflichtet ihn nach den §§ 14 Abs. 1, 15 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen zum Schadensersatz, dessen Höhe sich nach dem Umfange des Warenzeichenmißbrauchs, d. h. nach der Umsatzmenge der Waren bestimmt. Kann D die Umsatzmenge auf dem Wege der unechten Geschäftsführung und seiner Auskunfspflicht (§§ 687 Abs. 2, 681, 666) feststellen? Voraussetzung für die Anwendung dieser Paragraphen ist, daß die Benutzung des fremden Warenzeichens eine unechte Geschäftsführung ist. Diese Voraussetzung ist gegeben; es handelt sich um ein „Geschäft" und zwar um ein objektiv fremdes (Eingriff in die Rechtsposition des Warenzeichenberechtigten); auch alle übrigen Kennzeichen der unechten Geschäftsführung sind vorhanden.

Die Praxis, insbesondere das Reichsgericht,[1]) steht allerdings auf einem anderen Standpunkt und führt aus: Durch die Verleihung des Warenzeichens würde dem D nicht die Vornahme des Warenumsatzes selbst

[1]) RG. 58. 321; auch RG. 47. 100.

monopolisiert (wie die Herstellung patentierter Maschinen), vielmehr sei und bleibe der Warenumsatz ein eigenes Geschäft des G, auf das § 687 Abs. 2 also nicht anwendbar sei; also sei auch eine Auskunftspflicht hinsichtlich der Umsatzmenge der Waren auf Grund der §§ 687 Abs. 2, 681, 666 zu verneinen.[1]) Demgegenüber muß ausgeführt werden, daß zwar niemand bezweifeln wird, daß der Warenumsatz ein eigenes Geschäft des G ist — erstes Geschäft —; aber das hindert nicht, die Benutzung des Warenzeichens allein für sich einer Betrachtung zu unterziehen.[2]) Ergebnis dieser Betrachtung ist, daß auch die Benutzung des Warenzeichens ein — zweites— Geschäft ist, und zwar ein objektiv fremdes Geschäft und Inhalt einer unechten Geschäftsführung. D muß also Rechnung legen über den Umfang des Warenzeichenmißbrauchs, d. h. über die Umsatzmenge der mit dem Warenzeichen versehenen Waren. So hatte auch das vom Reichsgericht aufgehobene Urteil des Kammergerichts[3]) ausgesprochen, daß G dem D ein Verzeichnis derjenigen Quantitäten Waren vorzulegen habe, welche G mit dem Warenzeichen versehen . . . . verkauft habe.

Freilich kann D nicht Rechnungslegung über den aus dem Warenumsatz erzielten Gewinn oder sogar die Herausgabe dieses Gewinnes nach §§ 687 Abs. 2, 681, 666, 667 verlangen. Denn der Gewinn rekrutiert aus der Vornahme des eigenen Geschäfts des Warenumsatzes[4]) und nicht aus dem anderen von uns festgestellten — vom RG. übergangenen — zweiten Geschäft des Warenzeichenmißbrauchs.[5])

---

[1]) Aus dem allgemeinen Gesichtspunkte von Treu und Glauben heraus wird eine Pflicht zur Rechnungslegung allerdings vom RG. gewährt, doch beruht diese eben nicht auf § 666 und hat daher für unser Thema keine weitere Bedeutung: RG 108. 7.

[2]) Aehnlich Schulz - Eingriffserwerb - S. 203 unten.

[3]) Wie bei RG. 58. 321 ausgeführt.

[4]) So auch RG. 58. 321. Die Rechnungslegung über den Gewinn war in erster Linie eingeklagt. Mit Verneinung dieser Rechnungslegungspflicht des G darf nicht auch die Rechnungslegungspflicht hinsichtlich des Umfanges des Warenzeichenmißbrauchs verneint werden.

[5]) Vgl. zu allem auch Schulz - Eingriffserwerb - S. 197 ff., der eine Rechnungslegungspflicht auch hinsichtlich des Gewinnes bejaht.

In gleicher Weise läßt sich übrigens die Patentverletzung in zwei Geschäfte zerlegen und zwar in 1) Mißbrauch des Patentes und 2) Nachbau des patentierten Gegenstandes. Hier sind sogar beide Geschäfte Inhalt je einer unechten Geschäftsführung. Denn das erste Geschäft ist völlig parallel zum Geschäft des Warenzeichenmißbrauchs zu behandeln,[1]) und das zweite Geschäft ist deshalb ein objektiv fremdes, da die Patentierung ein absolut geschütztes Recht auf den Vertrieb der patentierten Gegenstände, also auf den Warenumsatz — anders als beim Umsatz der durch Warenzeichen geschützten Waren — verleiht.

Von der Betrachtung des Warenzeichenmißbrauchs als unechte Geschäftsführung ist es nur noch ein Schritt, um nun auch die Benutzung eines fremden Namens als „Geschäft" und Inhalt einer unechten Geschäftsführung zu betrachten.[2]) Doch die Benutzung des fremden Namens kann in der Regel nicht selbst als „Geschäft" angesehen werden, bei dem das in Benutzung des fremden Namens getätigte — zweite — Geschäft nur Begleitumstand oder benutztes Mittel ist. Hier ist also die Oertmann'sche Unterscheidung von Wert; denn hier ist die Umkehrung der Betrachtungsweise nicht möglich, die bisher die Oertmann'sche Lehre für den Fall der Bezahlung mit fremdem Gelde oder der Benutzung des fremden Warenzeichens als unrichtig erscheinen ließ. So mangelt es hier also schon an d e r Voraussetzung des § 687 Abs. 2, daß ein „Geschäft" vorliegen muß.

Nur in den Ausnahmefällen der Benutzung eines Künstlernamens oder Schriftstellerpseudonyms ist diese Benutzung einer gesonderten Betrachtung als „Geschäft" fähig. So muß einer Künstlerin der von einer unter ihrem Namen auftretenden Doppelgängerin erzielte Gewinn zugesprochen werden (§§ 687 Abs. 2, 681, 667). Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist ein Handeln in oder unter fremdem Namen aber nicht selbst ein Geschäft. Die Benutzung des fremden Namens hat also in der Regel für § 687 Abs. 2 nur

[1]) Nur diese Geschäfte können gleichgesetzt werden, nicht der Warenzeichenmißbrauch einerseits und der Nachbau der patentierten Maschine andererseits, wie Schulz - Eingriffserwerb - S. 203 es will.

[2]) So tatsächlich Schulz - Eingriffserwerb - S. 209.

Bedeutung für die Frage, ob durch diese Benutzung eines fremden Namens eine Verfremdung des — zweiten — Geschäfts möglich ist.[1]) Dies hatten wir in den Fällen des Handelns in fremdem Namen bejaht, jedoch für die Fälle des Handelns unter fremdem Namen verneint.

Eine in den Besprechungen des § 687 Abs. 2 sehr umstrittene Frage ist die, ob die Einziehung einer fremden Forderung durch einen Nichtberechtigten für dessen eigene Rechnung ein Fall unechter Geschäftsführung ist:

Eine Bejahung verlangen die Fälle, bei denen die Einziehung der Forderung dem Berechtigten gegenüber schon kraft Gesetzes wirksam ist; denn nur dann kann von einem objektiv fremden Geschäft, d. h. von einem Eingriff in die Rechtsposition des Berechtigten gesprochen werden. Hierher gehören die Fälle einer Einziehung durch einen Nichtberechtigten, aber durch Inhaber- oder blankindossiertes Orderpapier Legitimierten, ferner die Fälle des § 407. An dem objektiv fremden Charakter der Einziehung als solcher kann hier nicht gezweifelt werden.

Umgekehrt haben die normalen Fälle, bei denen die Einziehung dem wahren Gläubiger gegenüber ohne Wirkung ist, keinen objektiv fremden Charakter; denn der Eingriff des Nichtberechtigten läßt ja die Rechtsposition des wahren Gläubigers völlig unberührt. Bei diesen Fällen könnte eine Anwendung des § 687 Abs. 2 also nur in Frage kommen, wenn sie — sei es durch Handeln im Rahmen einer über den Auftrag hinausgehenden Vollmacht, sei es durch Genehmigung einer vollmachtlosen Vertretung (also in beiden Fällen kraft Rechtsgeschäft) — verfremdet sind.[2]) Liegt eine Verfremdung vor, erhalten wir also Fälle der Nr. 5 und 6 der Tabelle.

---

[1]) Nur diese Frage bejaht Oertmann § 687 Bem. 3 d α. Er sagt ausdrücklich, daß die „Erklärung" dem subjektiv fremden Geschäft die Fremdheit gibt.

[2]) Sternberg S. 14 hält zwar eine Genehmigung gerade bei diesem Falle für unmöglich, freilich setzt er auch voraus, daß der Nichtberechtigte in eigenem Namen handelt, während wir gerade ein Handeln in fremdem Namen wegen der Genehmigung voraussetzen müssen. Normalerweise wird ja auch mit der Nennung des Namens des wahren Berechtigten — der Eingreifer muß sich doch

II. Hauptteil.

C. Die sich aus der unechten Geschäftsführung ergebenden Ansprüche.

§ 11.

Uebersicht.

Liegen die im Vorhergehenden gefundenen Voraussetzungen einer unechten Geschäftsführung vor, so entstehen folgende Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer und des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn:

I. Dem Geschäftsherrn sind folgende, den Vorschriften über Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag entnommenen Ansprüche gegeben:

a) Er kann den ihm durch die Geschäftsführung entstandenen Schaden gemäß den §§ 677 und 678 ersetzt verlangen.

b) Er kann gemäß § 681 vorgehen, mithin also
   1. den Geschäftsführer aus Verletzung der Anzeigepflicht in Anspruch nehmen,
   2. Auskunfserteilung verlangen: § 666,
   3. Verzinsung verlangen: § 668,
   4. insbesondere aber Herausgabe des Erlangten fordern: § 667.

c) Er kann gegen einen nicht-geschäftsfähigen Geschäftsführer nach § 682 vorgehen.

II. Diesen Ansprüchen des Geschäftsherrn gegenüber hat der Geschäftsführer nur den Anspruch aus § 684 Satz 1.

---

auf ihn berufen — ein Handeln in desen Namen ausgedrückt sein. Bei einem solchen Handeln muß eine Genehmigung unter Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse des § 180 (unbeanstandete Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts als Vertreter ohne Vertretungsmacht) erteilbar sein. Ein Handeln in eigenem Namen ist allerdings auch denkbar: z. B. behauptet der Nichtberechtigte eine mit ihm vorgenommene Zession; dann handelt er in eigenem Namen. — So auch Oertmann § 185 Bem. 2 b. Enneccerus § 191 Anm. 2. Anderer Ansicht von Tuhr II 1, S. 375; II 2, S. 216.

§ 12.

Die Ansprüche aus den §§ 677, 678.

Infolge des inneren Zusammenhanges und des Ineinandergreifens der Haftungsbestimmungen der §§ 677, 678 ist es nötig, beide zusammen einer Betrachtung zu unterziehen. Wir werden zunächst die Parallelen und die Unterschiede darzustellen haben, wie sie uns von der Lehre der gewöhnlichen Geschäftsführung ohne Auftrag bekannt sind.

Beiden Paragraphen ist gemeinsam, daß sie Haftungsbestimmungen treffen für Schäden, die aus der Geschäftsführung entstanden sind. Dies läßt sich nicht leugnen, auch wenn äußerlich der § 677 von Geschäftsführung, § 678 von Uebernahme der Geschäftsführung spricht. Denn derselbe § 678 sagt positiv, daß der Schaden aus der Geschäftsführung entstanden sein muß. Geschäftsführung einerseits und Uebernahme der Geschäftsführung andererseits sind also nicht die Gegensätze, die von sich aus als alleinige und einander ausschließende Voraussetzungen die Haftung, der eine nach § 677, der andere nach § 678, hervorrufen. Vielmehr ist in beiden Fällen Voraussetzung, daß die Geschäftsführung den Schaden mit sich gebracht hat, wie ja denn auch eine Uebernahme, die ein innerer Entschluß ist, keinen Schaden hervorrufen kann, sondern allein die Ausführung, die eine nach außen gehende Handlung ist.

In § 677 stellen wir also durch Umkehrschluß die normale Haftung für Schäden, die aus vorsätzlicher oder fahrlässiger (§ 276) Geschäftsführung gegen Interesse und Willen des Geschäftsherrn entstehen, fest.

In § 678 muß diesem Tatbestande das besondere Moment der „Uebernahme gegen den Willen" eingegliedert werden. Das muß folgendermaßen geschehen: Entsprach schon die Uebernahme der Geschäftsführung nicht dem Willen des Geschäftsherrn, und übernahm der Geschäftsführer die Geschäftsführung, trotzdem er vom entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn wußte oder wissen mußte, so haftet er für entstehenden Schaden. Dieser Schaden braucht in § 678 nicht erst bei der Ausführung verschuldet zu sein wie in § 677,

sondern dieser Schaden braucht nur in Kausalzusammenhang zur Geschäftsführung zu stehen, da ein Verschulden schon bei der Uebernahme vorlag (wissen oder wissen mußte). Das Gesetz schafft hier also keinen Fall einer reinen Kausalhaftung, sondern verlegt das Verschulden nur in einen früheren Zeitpunkt, eben in den der Uebernahme. So erklären sich die Worte: „auch wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt" (§ 678).[1])

Soweit also die §§ 677 und 678 als Anwendungsfälle der echten Geschäftsführung betrachtet.

Die Uebertragung dieser Voraussetzungen einer Haftung nach § 677 oder nach § 678 auf die unechte Geschäftsführung hat folgendes Ergebnis: Der unechte Geschäftsführer haftet stets nach beiden Paragraphen. Denn, da er gegen besseres Wissen für eigene Rechnung handelt, handelt er vorsätzlich gegen Interesse und Willen des Geschäftsherrn (§ 677). Und aus dem gleichen Grunde weiß er, daß die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht (§ 678).

Eine dahingehende Stellungnahme, was Interesse in § 677 ist, und wie es zu bestimmen ist, ist für § 687 Abs. 2 überflüssig. Weder nach subjektiver noch nach objektiver Theorie kann von einem Interesse des Geschäftsherrn bei einem Handeln für des Geschäftsführers Rechnung gesprochen werden.

Ebenso kann auf eine Erörterung, was Wille ist, und wie er, wenn ein tatsächlicher nicht vorhanden ist, als mutmaßlicher zu bestimmen ist, verzichtet werden. Weder die objektive noch die subjektive Theorie kann zu dem Ergebnisse kommen, daß ein mit der unechten Geschäftsführung einverstandener Wille anzunehmen ist.

Ebenso kann auf eine Schilderung des bestrittenen Verhältnisses von Wille und Interesse verzichtet werden.[2])

Es ergibt sich also, daß die Ansprüche aus den §§ 677, 678 schon mit Vorliegen des Tatbestandes der

[1]) Ueber diese Gegenüberstellung von § 677 und 678 s. a. Lent, S. 111 ff.

[2]) Ueberflüssig ist also für unser Thema die Aufrollung dieser Streitfragen, wie Schmid S. 27 ff. und Höbbel S. 22 ff. sie geben.

unechten Geschäftsführung gegeben sind, sowie ein Schaden entstanden ist. Ja, die Zitierung des § 677 könnte sogar fehlen, da der Geschäftsführer schon nach der dem § 677 gegenüber erweiterten Haftungsbestimmung des § 678 immer für jeden kausalen Schaden haften muß. An einem mit der Geschäftsführung mindest kausalen Schaden ist aber immer festzuhalten; eine Haftung für Zufall steht dem nicht gleich; Schäden, die auch ohne die Geschäftsführung eingetreten wären, sind nicht zu ersetzen.[1])

Das von uns gefundene Ergebnis entspricht um so eher dem Wortlaute des Gesetzes, als nicht von einer entsprechenden Anwendung, sondern unvermittelt von den „Ansprüchen aus den §§ 677, 678" gesprochen wird. Das Gesetz hat damit selbst zum Ausdruck gebracht, daß die Haftungsvoraussetzungen dieser Paragraphen schon mit dem Tatbestande einer unechten Geschäftsführung vorhanden sind.

§ 13.

Die Ansprüche aus dem § 681 Satz 1 und aus den §§ 666, 668

Diese letzte eben vorgetragene Begründung — das Gesetz wolle nur die Ansprüche der zitierten Paragraphen ohne Prüfung ihres jeweiligen Tatbestandes dem Herrn geben —, wird auch für den nun zu erörternden Anspruch des Herrn aus § 681 Satz 1 die Lösung bringen.

In diesem Paragraphen ist die Rede von der Pflicht des Geschäftsführers, sobald als tunlich die Geschäftsübernahme dem Herrn anzuzeigen. Wollte § 687 Abs. 2 eine solche Pflicht auch für den unechten Geschäftsführer vorschreiben, so wäre das glatter Unsinn. Man kann schlechterdings nicht auf der einen Seite ein Geschäft für eigene Rechnung führen, während man auf der anderen Seite schon gleich nach der Geschäftsübernahme diese dem Herrn anzeigen soll.[2]) Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Die Lösung ist nach obigem sehr einfach: das Gesetz will nur den Anspruch aus § 681 Satz 1 dem

[1]) Vgl. Oertmann § 678 Bem. 2 a.
[2]) Höbbel S.24 geht über diese Unmöglichkeit allerdings hinweg.

Herrn geben. Es will den unechten Geschäftsführer nur so behandelt wissen, wie wenn er als echter Geschäftsführer die Anzeigepflicht verletzt hätte.

Der Anspruch würde darauf gehen, einen Schaden, den der Herr bei angezeigter Geschäftsführung hätte verhüten können, dem Geschäftsführer aufzuerlegen. Allein, der Anspruch ist für den Geschäftsherrn überflüssig, da, wie wir festgestellt hatten, schon der Anspruch aus § 678 auf Ersatz eines jeden mit der Geschäftsführung k a u s a l e n Schadens geht. Da aber auch ein etwaiger durch die Nichtanzeige entstandener Schaden direkt mit der Führung des Geschäfts kausal ist, hätte das Gesetz sich auf einen Hinweis auf allein § 678 beschränken können.[1]) Jedenfalls ist dieses Ergebnis nicht dadurch zu entkräften, daß die nach § 678 ausgeschlossene Haftung für Zufall hier eine Rolle spielen könnte. Solche Fälle sind nicht denkbar.

§ 681 gibt dem Geschäftsherrn ferner gemäß seinem Satz 2 Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungsablegung (§ 666) und auf Verzinsung (§ 668).

Den Anspruch auf Auskunftserteilung hatten wir schon in der Einleitung bei Besprechung des Beispiels der Patentverletzung und des Wilderers erwähnt, auch im Falle der Warenzeichenverletzung war er wichtig. Eine Schilderung der praktischen Bedeutung dieses Anspruches kann hier also unterbleiben. Bei der Rechnungslegung finden die Vorschriften des § 259 ff. Anwendung. Mithin kann also bei Sachen von größerer Bedeutung (§ 259 Abs. 3) vom unechten Geschäftsführer die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden. Weitere Einzelheiten sind hier nicht zu schildern, überhaupt handelt es sich hier um ein unbestrittenes Kapitel.

In gleicher Weise gibt der Anspruch auf Verzinsung (§ 668) des vom unechten Geschäftsführer für eigene Rechnung verwendeten Geldes keinen Anlaß für weitere Auseinandersetzungen. Die allgemeinen Vorschriften des § 246 ff. finden Anwendung.

---

[1]) Ueberhaupt sind innerhalb der Geschäftsführung ohne Auftrag mehrere überflüssige Bestimmungen enthalten. Den von Brückmann S. 226 Anm. 1 aufgeführten wäre diese und ebenso die überflüssige Zitierung von § 677 in § 687 Abs. 2 (vgl. § 12 der Arbeit) also noch hinzuzufügen.

§ 14.

Der Anspruch des Geschäftsherrn aus § 677 und der des Geschäftsführers aus § 684 Satz 1.

Der bei weitem wichtigste Anspruch des Geschäftsherrn gegen den unechten Geschäftsführer geht gemäß § 667 (§§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2) auf Herausgabe des aus der unechten Geschäftsführung „Erlangten". Der weite Rahmen des § 667 gestattet dem Geschäftsherrn, wie schon verschiedentlich betont, auch den erzielten Gewinn herauszuverlangen, ein Anspruch, der ihm nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht zuzusprechen wäre, da hier nur der Schaden ersetzt wird. Die Herausgabe des Gewinnes insbesondere haben wir schon an verschiedenen Beispielen gezeigt, so z. B. bei dem übernormal erzielten Erlös aus dem Verkaufe der Beute des Wilderers, so auch bei dem Spekulationsgewinne des Handlungsgehilfen, so übrigens auch bei dem aus dem Nachbau des patentierten Gegenstandes gezogenen Gewinne.

Dieser Herausgabepflicht des Geschäftsführers steht gemäß § 684 Satz 1 (§ 687 Abs. 2) eine Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber, „dem Geschäftsführer alles, was er (= Herr) durch die Geschäftsführung erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben".

Auf den ersten Blick scheint es also, als ob der Geschäftsherr dem Geschäftsführer alles wieder herauszugeben hätte, was er eben erst auf Grund des § 667 erlangt hat. Ja sogar der ähnliche Wortlaut scheint diese Auslegung zu begünstigen. Bei genauerer Prüfung kann man allerdings feststellen, daß nach § 667 alles *aus* der Führung Erlangte, nach § 684 Satz 1 alles *durch* die Führung Erlangte herauszugeben ist, und daß mit „aus" jedes in nur lockerer Kausalität stehende Ergebnis, mit „durch" das zwar kausale, aber nicht gerechtfertigte Ergebnis gemeint sein kann. Das unsinnige Resultat kann auch deshalb nicht Wille des Gesetzes sein, da dann die Verweisung auf § 667 einerseits, auf § 684 Satz 1 andererseits überflüssig wäre.[1])

[1]) Auch hinsichtlich der übrigen Ansprüche des Herrn hat der Hinweis auf § 684 Satz 1 keine Konsequenzen, da der nach § 678

Außerdem würde ein Anwendungsfall des Satzes: dolo facit, qui petit, quod statim rediturus est gegeben sein. Aus diesen Gründen hält Schulz [1]) die wortgetreue Interpretation für völlig ungerecht; er will § 684 Satz 1 dahin beschränkt auslegen, daß der Geschäftsführer nur seine Auslagen und ähnliches nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ersetzt verlangen kann.

Das Ergebnis von Schulz ist richtig und allgemein anerkannt. Man nimmt an,[2]) daß das Gesetz in übergroßer Genauigkeit diesen § 684 Satz 1 zitiert habe, obwohl es sich infolge der namentlichen Aufzählung der §§ 677, 678, 681, 682 von selbst ergibt, daß mit Begründung der Rechte des Geschäftsherrn nicht auch Rechte des Geschäftsführers, etwa wie bei echter Geschäftsführung, gegeben werden sollen. Wenn das Gesetz geglaubt haben sollte vorhindern zu müssen, daß das unechte Geschäftsführungsverhältnis durch Zubilligung der Ansprüche des Herrn als ein Schuldverhältnis der echten Geschäftsführung betrachtet werden könnte, so daß direkt § 683 Anwendung fände, so war das schon unmöglich, weil die Voraussetzungen des § 678 vorliegen.

Es kann schlechterdings nur eine allgemeine Verweisung auf die Vorschriften der §§ 812 ff. gemeint sein. Auch diese ist schon deshalb überflüssig, weil der Bereicherungsanspruch schon direkt nach den ihn regelnden allgemeinen Gesichtspunkten der § 812 ff. zuzubilligen wäre. Die Versagung dieses Anspruchs entbehrt jedes äußeren und inneren Grundes.[3]) die Bereicherungsvorschriften „zitieren sich selbst".[4])

Diese Verweisung resp. die direkte Anwendung der Vorschriften der §§ 812 ff. haben also die Wirkung, daß der Herr z. B. dem Wilddieb etwaige Transportkosten, z. B. dem spekulierenden Angestellten den von dessen Geld bezahlten Kaufpreis der Aktien erstatten

---

gerechtfertigte ersetzte Schaden nicht als aus der Geschäftsführung „erlangt" gelten kann. Infolgedessen ist § 684 Satz 1 nur in Verbindung mit § 667 zu betrachten und der Text insofern irreführend.

[1]) Schulz - Eingriffserwerb - S. 469—470.

[2]) Brückmann S. 226, ähnlich Schmid S. 41 ff. Die Ausführungen von Lent (Gesetzeskonkurrenz I S. 307/308) sind völlig unhaltbar.

[3]) Oertmann § 687 Bem. 3 c.

[4]) Brückmann S. 226.

muß, jedoch nur soweit, als der Herr um sie ohne Grund bereichert ist: Der Herr hätte dem Wilddieb die Transportkosten also nicht zu ersetzen, wenn der Wilddieb die Beute zu einem Schleuderpreise abgesetzt hat, der gleich oder geringer ist als der Preis, den der Herr erzielt hätte unter Abzug der Transportkosten, die ihm entstanden wären.

§ 15.

Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, insbesondere unter Berücksichtigung des § 682.

Die bisher erläuterten Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den unechten Geschäftsführer hatten zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Geschäftsführer voll geschäftsfähig war. Ist er dagegen geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so stehen dem Herrn gegen einen solchen Geschäftführer diese Ansprüche nicht zu, sondern gemäß § 682 (§ 687 Abs. 2) nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§ 823 ff.) und ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff.).

Die damit ausgesprochene Haftung nach den §§ 823 ff., 812 ff. trifft natürlich auch einen voll geschäftsfähigen Geschäftsführer; der Herr „kann“[1]) (§ 687 Abs. 2) also auch aus diesen Paragraphen gegen ihn vorgehen. Nur war schon verschiedentlich betont, daß diese Ansprüche nicht immer zum Ziele führten, daß sie u. U. ein geringeres Ergebnis zeitigten: so kam vor allem bei den verfremdeten Geschäften eine Haftung des Geschäftsführers nach den §§ 823 ff., 812 ff. überhaupt nicht in Frage,[2]) so war die Verjährungsfrist des Ersatzanspruches nach § 823 gemäß § 852 kürzer, als die der §§ 677, 678, so ist ferner die Klagebegründung verschieden und damit die Beweislast anders verteilt. Andererseits führt z. B. der Herausgabeanspruch des

[1]) So der Wortlaut des § 687 Abs. 2, d. h. es liegt keine Gesetzeskonkurrenz resp. Subsidiarität vor: So Lent in „Gesetzeskonkurrenz“ I S. 311.

[2]) Vgl. S. 47 der Arbeit.

§ 667 bei objektiv fremden Geschäften zum gleichen Ergebnis, wie der der §§ 816, 812, da die Bereicherungseinrede (§ 818 Abs. 3) infolge Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes fortfällt (§ 819). Ebenso ist das Moment der Rechtswidrigkeit des § 823 immer schon mit dem Tatbestande einer unechten Geschäftsführung verknüpft. Diese Unterschiede müssen also beachtet werden, wenn eine Haftung des nicht geschäftsfähigen Geschäftsführers konstruiert werden soll.

Liegen diese Unterschiede schon in der Natur der Ansprüche der §§ 823 ff., 812 ff., in ihrem besonderen objektiven Tatbestande (der also jedesmal zu prüfen ist), so müssen fernerhin etwaige besondere subjektive Tatbestandsmomente der §§ 823 ff., 812 ff. bei einer Schilderung der Haftung nach § 682 Berücksichtigung finden. Von diesen muß gerade der Mangel der Geschäftsfähigkeit besondere Ergebnisse zeitigen:

I. So ist insbesondere bei der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung eine Einschränkung für geschäftsunfähige Geschäftsführer insofern zu machen, als diesen eine Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes nicht vorgehalten werden kann. Geschäftsunfähigen steht also die Bereicherungseinrede (§ 818 Abs. 3) zu. In gleicher Weise steht diese Einrede einem beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer zu.[1])

II. Bei der Haftung des geschäftsunfähigen Geschäftsführers wegen unerlaubter Handlung sind insbesondere die §§ 827/829 zu berücksichtigen. Hieraus ergibt sich, daß

1. Kinder im Alter bis zu 7 Jahren gemäß § 828 Abs. 1,
2. Geschäftsunfähige des § 104 Ziff. 2 gemäß § 827,
3. wegen Geisteskrankheit Entmündigte, wenn sie bei der Schadenszufügung bewußtlos oder krankhaft geistesgestört waren (§ 104 Ziff. 3, § 827),

[1]) So RG. in JW. 1917. 465 Nr. 8. a. A. Oertmann § 819 Bem. 3, der nicht die analoge Anwendung der Vorschriften über „Rechtsgeschäfte“ (I. Buch, III. Abschnitt d. BGB.), sondern die der Vorschriften über unerlaubte Handlungen für richtig hält. Der beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer müßte sich also erst exculpieren, wenn er die Bereicherungseinrede geltend machen will (§§ 827, 828).

von der Haftung überhaupt befreit sind. Darüber hinaus ist die Entmündigung Geisteskranker nur für den Ausschluß der Haftung des § 687 Abs. 2, nicht des § 823 ff. von Bedeutung.

Von den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten sind Minderjährige nur im Alter von 7 bis 18 Jahren (nicht bis 21 Jahren) von der Haftung nach § 823 ff. befreit, sofern sie ihre mangelnde Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit nachweisen können (§ 828 Abs. 2). Die übrigen beschränkt Geschäftsfähigen, d. h. die 18 bis 21jährigen und die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten stehen nur in Ansehung der Geschäftsfähigkeit, nicht aber in Ansehung der Deliktsfähigkeit den Minderjährigen gleich (§ 114). Diese sind zwar nicht nach § 687 Abs. 2 verhaftet, sie haften jedoch nach § 823 ff. Nur, soweit sie gleichzeitig außerdem bewußtlos oder krankhaft geistesgestört waren, sind sie auch von dieser Haftung ausgeschlossen (§ 827). Auch hier ist also die Entmündigung nur für den Ausschluß einer Haftung nach § 687 Abs. 2 von Bedeutung.

In allen Fällen, in denen die Haftung wegen unerlaubter Handlung nach den §§ 827/28 fortfällt, kann unter den Voraussetzungen, die § 829 aufzählt, eine der Billigkeit entsprechende Schadlosstellung gefordert werden.

Wenngleich § 682 seinem Wortlaute gemäß jedem beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer nur nach den §§ 823 ff., 812 ff. haften läßt, so muß diese Beschränkung nach allgemeinen Gesichtspunkten dann nicht gelten, wenn der gesetzliche Vertreter die vom beschränkt Geschäftsfähigen abgeschlossenen Verträge genehmigt hat: § 108. Hier müssen trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 682 dem Herrn die vollen Ansprüche aus unechter Geschäftsführung gegeben werden,[1]) da das Motiv, das den § 682 schuf, nämlich die Berücksichtigung der mangelnden Einsicht, hier nicht mehr besteht, vielmehr die Einsicht des gesetzlichen Vertreters an die Stelle der fehlenden Einsicht des beschränkt Geschäftsfähigen getreten ist.

---

[1]) So Enneccerus-Lehmann § 163 II 3 und Oertmann § 682 Bem. 1.